Ius Rom Com

5 D

7. rom. c. 51-2

Ex Libris R. Mri Navigii Majr
Ord. Erm. S. P. Augustini Pr.

Johann Ulrich Freyherrn von Cramers,
des kayserl. und Reichskammergerichts Beysitzers,

Academische Reden

über die

gemeine bürgerliche Rechtslehre,

wodurch dieselbe

in ihrem natürlichen Zusammenhange

vorgetragen,

und zugleich

Georg Adam Struvs

Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis

dergestalt erläutert wird,

daß ein zu Erlernung der Rechte Gewiedmeter von selbst im Stande ist, sich dieselben schon in der Jugend beyzubringen, und sich auf Universitäten zu den Vorlesungen vorzubereiten, auch solche zu wiederholen.

Zweyter Band.

Zwote und durchgesehene Ausgabe.

Ulm, 1784.
Auf Kosten Johann Konrad Wohlers.

Landesbibliothek

Johann Ulrich Steinbrenner

über die

Romano-Germanica Porcilis

in ihrem innerlichen Zusammenhange

vorgetragen

am 1. Mai 1878

von

Georg Johann Stumb

Inspirudentia Romano-Germanica Porcilis

vorgelegt vom w. M. Hofrath Prof. Dr. Ferdinand Sauter

in der Sitzung am 1. Mai 1878.

Bayerische Staatsbibliothek München

Drittes Buch
De
Jure ad Rem et Obligatione.

Tit. I.
de
Iure ad Rem et Obligatione in genere.

§. 1.

Bereits haben wir vernommen, daß Jus ad Rem dasjenige sey, vermöge dessen uns eine gewisse Person verbunden ist, etwas zu thun oder zu geben. Man hat also hier nur überhaupt zu merken, daß das Jus ad Rem eine Verbindlichkeit, woraus es fließt, voraussetze, so daß man vermöge desselben sich an niemand halten kann, als an den, der uns verbunden ist. Beym Jure in Re ist zwar auch eine persönliche Verbindlichkeit vorhanden, allein nicht principaliter, daß das Petitum darauf fundirt würde, sondern per consequentiam, nämlich ad restituendum. Das muß nun nach den Grundsätzen, woraus die Obligationes fließen, beurtheilt

werden. Denn es giebt Facta licita und illicita, und aus beyden kann eine Verbindlichkeit entstehen. Zuerst nun wird in diesem und den folgenden Titeln von Factis licitis, woraus die Verbindlichkeit entsteht, nämlich von Verträgen und ihren Arten, hernach erst von Factis illicitis, nämlich von Delictis vel quasi zu Ende gehandelt. Weil es also bey dem Jure ad Rem hauptsächlich auf die Verbindlichkeit ankömmt, so wäre hier erstlich

§. 2.

die Erklärung der Verbindlichkeit vor allen Dingen zu bemerken. Allein da schon S. 2 und S. 91 des ersten Theils dieser Begriff deutlich entwickelt worden ist, so wird der Leser dahin verwiesen.

§. 3.

Die Eintheilungen der Verbindlichkeiten sind ebenfalls schon im ersten Theile S. 91 und folg. gehörig auseinandergesetzt worden.

Dergleichen Facta sind nun vel licita, vel illicita, und heissen die Facta licita Promissiones, die illicita aber Delicta, die wieder vel vera, vel quasi Delicta sind. Doch auch davon ist in einer schicklichern Ordnung im ersten Theile S. 88 und 98 gehandelt worden.

§. 4.

Pollicitatio ist das verbindliche Versprechen, welches der andere noch nicht angenommen hat, oder ein einseitiges Versprechen. Ein jedes Versprechen setzt eine rechtmäßige Ursache voraus, also auch die Pollicitatio. Aus einem Versprechen aber kann auch kein Andrer ein Recht erlangen, wenn er das Versprechen nicht annimmt. Daher scheint es, daß es nicht angehe, etwas einer Stadt, einer Kirche, und überhaupt einer Vniversitati so zu versprechen, daß man aus dem Versprechen verbunden würde. Allein weil es natürlich nicht angeht, daß diese es selbst annehmen können, jedoch aber ein solches Versprechen ihnen zum Besten gereicht, und ein ernster Wille im Versprechenden zu finden ist, so wird die Annahme bey solchen Personis mysticis von den positiven Gesetzen für geschehen gehalten, wenn sie gleich in der That nicht geschehen ist. Also verbindet doch das Versprechen. Wenn demnach einer auch Gott etwas verspricht, welches Versprechen ein Votum genannt wird, so ist Gottes Billigung zu vermuthen. Jedoch hat es keinen andern Verstand, als daß einer dasjenige, was er Gott verspricht, Kirchen und andern piis Causis zuwenden will. Wenn einer z. B. einer Kirche 2000 Rthlr. verspricht, so scheint es, daß er aus dem Versprechen nicht verbunden wäre, da es die Kirche nicht an-

ge-

genommen hat. Weil sie es aber nicht hat annehmen können, es aber thun würde, wenn es angienge, oder sie eine Persona physica wäre, so wird es für geschehen gehalten. Und daher hat es keinen Zweifel, daß aus einem solchen zwar nicht angenommenen Versprechen eine Verbindlichkeit entsteht. Das ist das erste Factum obligatorium, und man sieht daraus, daß weil die Facta obligatoria ihre Verbindungskraft von den Gesetzen erhalten, man dieser Pollicitationi auch die Kraft eines gültigen Versprechens beylegen müsse, weil die Gesetze sie bestättiget, und die nicht geschehene Annahme für geschehen erklärt haben. Es heißt aber eine Pollicitatio in specie dasjenige Versprechen, welches einer Gemeinde, z. B. dem Staat, zu Erlangung einer gewissen Ehre oder Würde, aus Freygebigkeit und wohlbedachtem oder ernstlichen Willen geschehen ist. Die Absicht eines solchen einseitigen Versprechens ist die Beförderung des allgemeinen Nutzens, und wegen dessen wird es als verbindlich angesehen. Darauf geht auch das Votum, weil da einer, was er Gott verspricht, per indirectum Kirchen oder andern piis Causis verspricht. Nevius z. B. ist krank und verspricht, wenn ihm Gott wieder aufhelfen sollte, zum Besten der Stadt einen Brunnen bauen zu lassen. Nachdem er aber genesen ist, will er sich daran nicht gebunden erachten, so kann die Stadt gegen ihn durch ihren Syndicus klagen lassen, daß er den Brunnen zu bauen angehalten werden möge.

So weiß ich auch einen Fall, daß ein unverheyratheter Professor bey einem Glase Wein unter guten Freunden der Universität seine Bibliothek zu schenken versprach, welches Versprechen die Anwesenden auch angenommen haben. Er wurde auch nachher wirklich angehalten, die Pollicitationem zu halten. Wer ein Votum thun will, muß daher eine persona sui Juris seyn. So kann der noch in der Vatergewalt stehende Sohn kein gültiges Gelübde thun, ausser in sofern die Nichterfüllung das Gewissen offenbar beschweren würde.

§. 5.

Ein andres Factum obligatorium ist aber der **Vertrag**, *Conventio*, welche ein vom andern Theile angenommenes verbindliches Versprechen ist, und in nichts anderm besteht, als in einem wechselseitigen Einwilligen in das nämliche Verbindliche, in idem praestandum. Man kann aber sub Praestatione auch die Facta omissiva mit begreifen und überhaupt kurz sagen: es sey ein mutuus Consensus in idem praestandum. Struv erklärt das Pactum so, wie es in Jure civili vorkömmt, im Gegensatz gegen die Contractus. Da heißt es aber Pactum nudum, und ist nicht Pactum in genere, und kann man nicht sagen, das Pactum sey duorum pluriumve in idem placitum con-

consensus, destitutus nomine et Causa, das ist es zwar den römischen Rechten nach, es ist aber solches das Pactum in genere nicht. Man muß hier aber erstlich wissen, was Pactum in genere heißt. Unterdessen ist freylich wahr, daß das Vocabulum Pacti manchmal late und manchmal stricte genommen wird. Die Art der Conventionis, welche sich von Contractibus unterscheiden läßt, heißt manchmal auch Pactum. Nach dem Naturrecht ist zwischen pactum und contractus kein Unterschied. Doch davon noch nachher.

§. 6.

Die Pacta sind *nuda* oder *non nuda*. *Nudum* ist dasjenige, das durchs Jus civile keine Verbindlichkeit erlangt hat, sondern sich so verhält, wie es dem Jure naturae nach gemäß ist. Eben deßwegen, weil die Determinationes civiles zusammengenommen, worinn die Ursache von der Obligatione civili enthalten ist, *Causa* heissen, so kann man sagen: das Pactum nudum sey eine Conventio, die keine Causam, aber auch deßwegen kein nomen Juris hat, dadurch muß es sich zugleich von den Contractibus unterscheiden. Denn ein Kontrakt hat entweder einen Namen oder keinen Namen in Rechten erhalten. Hat er aber auch keinen Namen erhalten, so hat er doch allemal seine Causam bey sich. Deßwegen sagt Struv: quod Conventiones excedant Terminos nudi pacti, vel secundum suam intrinsecam naturam, vel ob externam Legis confirmationem, seu extrinsecam ejus assistentiam, uti inferius explicabitur. Ja eigentlich sind nach den römischen Gesetzen alle Pacta, selbst die vestita, nuda, weil sie nicht vermöge des Vertrags, sondern durch ein beneficium Legis oder den Hauptcontrakt eine Klage bewirken. Wie denn auch in L. 30 ff. et L. 12 C. de Vsuris ein Pactum Legitimum nudum genannt wird.

§. 7.

Die Wirkung der Conventionum ist Obligatio, selbst nach dem Jure naturae. Wenn es heißt: Pacta sunt servanda, das heißt eben so viel, als Conventiones sunt servandae, wenn sie nämlich mit Ernst und Ueberlegung eingegangen worden sind, denn sonst ist die Einwilligung weder als wirklich, noch als freywillig anzusehen. Soll aber ein Pactum den natürlichen Rechten nach verbindlich seyn, so wird Consensus verus et liber erfordert. Die Obligatio, welche aus einem Pacto entsteht, ist vel naturalis, vel civilis, vel mixta ex naturali et civili. Diese Eintheilung ist bereits Th. I., S. 91 ff. genüglich auseinandergesetzt worden.

§. 8.

Ein jeder Vertrag besteht nun aus der wechselseitigen Einwilligung mehrerer in den nämlichen Vorschlag. Das folgt aus der Erklärung und bedarf also keiner

keiner fernern Erklärung. Nur ist nöthig zu bemerken, daß nicht eines einzigen Bewilligung, wie bey der Pollicitatione, genug ist, sondern es wird auch alterius Acceptatio, und zwar expressa, vel tacita dazu erfordert, sonst könnte sie sich auch wieder nicht von der Pollicitatione unterscheiden, da man bey der Pollicitatione eine Acceptationem erdichtet, weil ohne Annahme ex pollicitatione ein Andrer kein Recht erhalten kann. Soll aber ex Conventione eine Verbindlichkeit entstehen, so muß sie perfecta seyn, d. i. es muß nichts mehr an der Erklärung der Einwilligung fehlen, denn so lang noch etwas fehlt, so lange ist die Conventio nicht perfecta. Wenn z. B. sich ein Mädchen mit einem verlobte, jedoch so, daß es erst über 8 Tage richtig werden soll, währender Zeit sie sich noch bedenken und nachdem erst völlig erklären will, so sind die Sponsalia noch nicht perfecta, sondern blose Traktaten. So ist es auch bey Conventionibus überhaupt, so lange der Consensus von beyden Theilen noch *nicht wirklich* erklärt worden ist, so lange ist Conventio überhaupt nicht *perfecta*, und so lange kann auch keine Obligatio vorhanden seyn. Eben deswegen nun, weil es angeht, daß man schriftlich sich vertragen kann, so fragt es sich, was alsdann Rechtens ist? Z. B. Einer zu Leipzig und der Andre zu Hamburg treffen mit einander einen Kauf über ein Pferd, Cajus *in* Leipzig schreibt dem in Hamburg, er wolle ihm sein Pferd für 200 Rthlr. überlassen und hiemit den Kauf schließen. Da fragt es sich, wo denn und wann der Contractus Emtionis Venditionis pro perfecto zu halten sey? Antw. Er ist von dem Augenblick, da die Einwilligung zusammengekommen ist, für vollkommen zu halten. Z. B. wenn der Kaufmann aus Hamburg zurück schreibt, er wolle das Pferd dafür annehmen, er solle es nur schicken, und Cajus empfängt den Brief, so ist zu Leipzig mutuus Consensus zusammengekommen, und also auch da der Consensus, mithin der förmliche Kontrakt vollkommen geworden, und fließt nun daraus, daß vorher, ehe der Kaufmann zu Leipzig den Brief bekommen hat, keine Obligatio ex isto Contractu vorhanden gewesen ist, folglich er noch vorher abgehen und sich ändern, oder auch wohl gar darüber sterben können. Mithin da in solchem Falle nur blose Traktaten vorhanden gewesen sind, seine Erben daran nicht gebunden gewesen. Das ist es, was Struv sagt: quando literis negotium tractatur, requiritur, ut ab altera parte literae fuerint acceptatae, daß z. B. vom Kaufmanne zu Leipzig die Briefe aus Hamburg wieder empfangen worden sind, wenn aber der Schreiber vor dem Empfang stirbt, oder auch, wenn er seine Entschließung vorher ändert, so sagt er; ich bin nicht verbunden, denn der Kontrakt war noch nicht vollkommen.

§. 9.

Der Consensus, welcher das Wesentliche des Vertrags ist, hat zwey Principia, Verstand und Willen. Was also den Verstand und Willen aufhebt, das hebt auch den Vertrag auf. Es hebt aber den Verstand und den Willen *Dolus*, *metus et vis* den freyen Willen auf, da zum freyen Willen eine Willkühr erfordert wird, diese aber, daß man nämlich willkührlich handeln oder es unterlassen kann, so oder auf eine andere Weise zu handeln, wird per injectionem metus, oder durch die Gewalt gehoben. Auch Error hindert die Willensfreyheit. Man unterscheidet aber inter Errorem in Substantialibus, et inter Errorem in Accidentalibus, und zwar ab utroque pacisentium. Wenn der Error in Substantialibus des Pacti, d. i. in dem, ohne welches ein Pactum nicht bestehen kann, z. B. beym Kauf in Ansehung der Sache selbst vorgegangen ist, so hebt der Error in Substantialibus den mutuum Consensum auf. Z. B. es hätte einer dem andern ein Pferd für 50 Rthlr. verkauft, er hätte aber zwey Pferde, einen Schimmel und einen Braunen. Nun versteht er den Schimmel darunter, der andre aber den Braunen, und doch ist ein großer Unterschied zwischen beyden, so ist kein mutuus Consensus hier vorhanden, und also kann auch das Pactum nicht bestehen. Wenn hingegen der Error nur in accidentalibus pacti sich zugetragen hat, so besteht der mutuus Consensus in ipsum pactum. Es hätte z. B. einer dem andern sein Haus verkauft, er hätte sich aber die hintere Stube zu seiner Wohnung auf seine Lebenszeit vorbehalten, der Käufer verstund, weil viele hintere Stuben sind, diejenige, die nicht so gut, als die andere ist, hingegen der Verkäufer die beste, so ist zwar hier ein Error in accidentalibus, deswegen aber doch Consensus mutuus vorhanden, welcher zum Vertrag selbst, und der Sache, worüber contrahirt worden ist, erfordert wird. Und weil also der Consensus mutuus in ipsum pactum vorhanden ist, so besteht auch das Pactum. Allein, was das Accidentale betrift, z. B. daß die hintere Stube vorbehalten worden seyn soll, muß man darauf sehen, welcher deutlicher hätte reden sollen, welches derjenige ist, dessen Vortheil darunter lag. Hat derjenige sich nicht deutlicher ausgedrückt, was er zu seinem Besten zu determiniren gehabt hat, so heißt es: Er mags sich zuschreiben, deswegen kann er hernach keine andere Stube, als diejenige, von welcher er geredet hat, verlangen. Wenn hingegen nur einer der Kontrahenten einen Irrthum begeht, der andre aber nicht, so wird der Irrthum dem Irrenden beygemessen, und kann einer deswegen, daß er sich geirrt hat, nichts von dem andern fordern. Z. B. es geht einer in einen Buchladen und will sich ein Buch kaufen, verspricht sich viel von dem Buche, wenn er aber

nachdem nach Hause kömmt, und das Buch ansieht, findet er, daß nichts daran ist, so kann er nicht wieder in Buchladen gehen und sagen: ich habe mich geirret. Das ist ein Irrthum, der von einer Seite begangen worden ist, und welcher dem andern, der aufrichtig gehandelt hat, nicht schaden kann. Ein anders ist, wenn der andere durch Verstellung oder Betrug Ursache an meinem Irrthume ist. Dann schlägt es in die Materie de dolo überhaupt ein.

§. 10.

Was die Personen betrift, welche paciſciren können, so sieht man sogleich aus der Erklärung, wer paciſciren kann. Diejenigen nämlich, die consentiren können. Nun erfordert der Consensus Verstand und Willen, also kann keiner, als der Verstand und Willen hat, paciſciren. Furioſi haben keinen Verstand, also können sie auch während der Raserey nichts kaufen und nichts verschenken. Furioſis werden Verschwender gleich geachtet. Deswegen können auch Prodigi nicht paciſciren, noch sich vertragsweise verbinden. Schenken kann man ihnen zwar etwas, denn in der Einnahme sind sie nicht Prodigi, sondern blos in der Ausgabe. Jedoch muß man civiliter prodigos verstehen, d. i. die durch ein Dekret für Verschwender erklärt worden sind, nicht aber diejenigen, die es, ohne deswegen öffentlich dafür erklärt zu seyn, sind, die, wie man sagt, kein Geld leiden können. Obwohl aber ein Prodigus nicht paciſciren kann, so kann er doch acquiriren. Also versteht sich das erstere nur dahin, daß er sich vertragsweise nicht verbinden kann. Diejenigen, welche stumm und taub sind, wenn keine Rede dazu erfordert wird, können deswegen doch noch paciſciren, wenn sie nur nicht von Natur taub und stumm sind. Denn wenn sie es von Natur sind, so fehlt es ihnen am Verstand, sind sie es aber nicht von Natur, so haben sie deswegen doch Verstand und auch einen Willen, etwas zu erwählen, daher hindert nichts, warum sie nicht sollten paciſciren können. Ein anders aber ist es, wenn Worte bey einem Vertrag wesentlich, wie z. B. bey der Stipulation, gebraucht werden. Denn in diesem Falle sind sie nicht fähig, dieselben vorzubringen, auch nicht, zu hören. Daher geht es nicht an, daß Muti und Surdi Stipulationes eingehen. Unterdessen wird doch erfordert, daß sie sich durch andere Zeichen, z. B. durch Schreiben erklären können, damit man ihren Consensum weiß, weil zu einem Pacto ein Consensus certus erfordert wird. Daher müssen es auch Zeichen seyn, woraus man gewiß ihren Willen schließen kann. Furioſis wird ein stark Betrunkener verglichen, so lange er nämlich in diesem Zustande ist. Da nun Furioſi nicht paciſciren können, so können auch stark Betrunkene nicht paciſciren. Was demnach einer in einem Rausch versprochen hat, da er nicht gewußt, was er thut, das verbin-

det

det ihn nicht. Will ein Prodigus etwas gültiger Weise dem andern versprechen, so muß er es mit Einwilligung dessen, der ihm zur Seite gesetzt worden ist, thun. Das ist der Curator. Unmündigen fehlt es auch an Verstand. Was die Blinden anbetrift, so hat ein Blinder Verstand, folglich auch einen Willen. Wo aber bey einem Verstand und Willen statt findet, da findet auch Capacitas paciscendi statt.

§. 11.

Wie ist es nun mit Unmündigen insbesondere zu halten? Impuberes werden in solche, die über sieben Jahre, und in solche, die unter sieben Jahren sind, eingetheilt. Diejenigen, die noch unter sieben Jahren sind, werden in Rechten so angesehen, als wenn sie noch keinen Verstand und Willen hätten, sogar, daß sie auch noch für abwesend, oder bey keinem Rechtshandel für gegenwärtig gehalten werden. Daher kann man wegen Mangel des Verstandes und Willens bey Kindern, so noch unter sieben Jahren sind, keine Fähigkeit zu paciscren, oder paciscendo sich zu obligiren, zugeben. Allein wenn sie über sieben Jahre hinaus sind, so haben sie schon mehr Verstand, jedoch in Sensu Juris wird ihnen nur ein halber Verstand beygelegt, und doch wird zu einem Vertrag die beyderseitige Einwilligung erfordert. Dazu nun, daß ihr Consensus ergänzt werden soll, erhalten sie einen Curatorem. Darum können sie civiliter sich ohne Vormund nicht verbinden. Beym Merillio findet man, daß inter Sabinianos et Proculianos ein Streit darüber gewesen ist, ob auch die Impuberes naturaliter obligirt würden, wenn sie etwas versprächen. Für sich betrachtet, kann man freylich viele Fälle voraussetzen, da sie Verstand genug haben, etwas zu versprechen. Denn es kann einer, der 12 oder 13 Jahre alt ist, Verstand genug haben und Ueberlegung gebrauchen können, wenn er dem andern etwas verspricht, z. B. etwas schenken will. Unterdessen giebt es auch viele Fälle, da es nicht ist. Weil nun insbesondere bey den Römern die Kinderzucht sehr streng war, und ihre Kinder viel eher verständig wurden, als es bey uns zu geschehen pflegt, so ist auch geschehen, daß sie dafür gehalten haben, daß meistentheils einer schon fähig sey, so viel Verstand zu gebrauchen, als ad paciscendum erfordert wird, und darum hat man sie an und für sich betrachtet, für vertragsfähig erachtet. Das ist nicht ohne Wirkung, daß man den Pupillen ansieht, daß er sich naturaliter, oder nach der Vernunft, aber nicht civiliter verbinden kann. Deßwegen sagt Struv: Infantiae proximus alium quidem sibi civiliter, sed se ipsum ne naturaliter quidem obligat. Pubertati vero proximus et sibi alium civiliter et se naturaliter obstringit. Denn es ist zu merken, daß die Römer das, was Juris naturae ist, nach ihren Umstän-

Umständen beurtheilt haben. Daher ist es gekommen, daß sie einen Unterschied inter Infantiae proximos, et inter pubertati proximos gemacht haben. Da denn Infantiae proximus heißt, der über sieben Jahre, aber doch noch nicht beym vierzehnten Jahr ist. Denn wer schon nahe bey dem vierzehnten Jahr ist, der hat auch schon wieder mehr Verstand, als der etwa erst acht oder neun Jahre alt ist. Und wenn einer Pubes ist, so hat er schon mehr Verstand, als wenn er Impubes ist. Daher ist es wieder gekommen, daß die Römer ihm erlaubt haben, jedoch nicht anders, als Consensu Curatoris, einen Vertrag einzugehen. Denn eben dazu hat man einen Curatorem nöthig, daß der Curator den Consensum des Pupillen bestättigen soll, wenn er findet, daß er sich nicht Schaden gethan hat. Mithin besteht der Unterschied darinn, daß ein Minor einen Vertrag für sich auch ohne die Gegenwart des Vormünders errichten kann. Hingegen bestehet er nur so lange, bis der Curator nicht findet, daß er sich beschädiget hat. Findet es sich, daß er sich beschädiget hat, so geht es nicht an, daß der Curator seine Einwilligung darein ertheilen kann, mithin muß er ihn abschlagen. Da fällt denn der Vertrag wieder über den Haufen. Das ist anders bey den Impuberibus, die können nicht einmal sine Tutore ein Geschäft verhandeln, sondern da muß beym Geschäfte der Tutor zugegen seyn und seine Einwilligung ertheilen, weil Consensus Pupilli und Consensus Tutoris für Einen angesehen werden, welches beym Minore nicht ist. Heut zu Tage aber macht man keinen Unterschied inter Tutoris Auctoritatem et inter Curatoris Consensum.

§. 12.

Wer sind nun diejenigen, welche wegen ihres Zustandes sich paciscendo nicht verbinden können? Das sind diejenigen, die keinen eigenen Willen haben, sondern deren Wille der Wille eines Andern ist. Das sind nun die Servi, denn ihres Herrn Wille ist ihr Wille. Also können sie auch nicht anders, als mit dem Willen ihres Herrn Verträge errichten, denn sie haben keinen eignen Willen. So ist es auch bey den Filiis Familias. So lange als sie in väterlicher Gewalt sind, haben sie keinen Willen, als in so weit sie als Patres Familias angesehen werden. Daher können sie auch über nichts pacisciren, als wobey sie als Patres Familias betrachtet werden. Hingegen was die bona adventitia, woran der Vater den Nießbrauch hat, betrift, so geht es auch um deßwillen nicht an, daß sie darüber pacisciren, weil dadurch dem Vater, in Ansehung seines Vsusfructus, ein Nachtheil zugefügt würde. Sein Wille wird demnach zugleich mit erfordert, und beyder Wille zusammen macht denjenigen aus, der ad pactum erfordert wird. Unterdessen vermuthet man auch manchmal den

Willen des Herrn, z. B. wenn ein Knecht etwas erwirbt und dadurch seines Herrn Zustand verbessert, so braucht er keine ausdrückliche Einwilligung desselben, sondern man kann dessen Einwilligung darein vermuthen. Und daher besteht hier das Pactum, wodurch er etwas z. B. geschenkt bekommen hat, vermöge des vermutheten Willens des Herrn. Das nämliche gilt auch vom Sohn, denn daß beyde ohne den Willen des Vaters und des Herrn nicht paciſciren können, kömmt von dem Nachtheile her, welches von dem Vater und dem Herrn abhängt. Das fällt aber in dem Falle, wo der Sohn und Knecht den Zustand des Vaters und Herrn verbessern, weg. Das heissen Pacta claudicantia. De Contractu claudicante hat Joachim Hopp zu Frankfurt an der Oder eine besondere Dissertat. geschrieben. Z. B. ein Pupill hat von seinem Vater einen Ackerbau bekommen. Es fällt ein Pferd. Mithin, wenn der Ackerbau nicht liegen soll, muß er ein andres in Abwesenheit seines Vormunds kaufen. Gesetzt, das Pferd ist nicht so viel werth, als er es behandelt, und der Vormund kömmt dazu, so kann er den Kauf hintertreiben, ist es aber so viel werth, den Kontrakt billigen, und kann der Verkäufer nicht sagen, der Pupill habe nicht gültig kaufen können, denn der Pupill verbessert seinen Zustand.

§. 13.

Die Verträge können über all dasjenige errichtet werden, wozu man sich obligiren kann. Man kann sich aber ad facta praestanda und ad res praestandas verbinden. Daher kann man über Facta und Res Pacta errichten, mithin müssen es solche Sachen seyn, welche dem andern können übergeben werden, folglich Res in commercio und zwar wenigstens in Rücksicht dessen, dem die Sache versprochen wird. Z. Ex. an einem Orte kann kein Jude ein eigenes Haus haben. Also kann ich auch dahin nicht mit ihm paciſciren, aber umgekehrt geht es wohl an, der Jude muß mir es sodann kaufen. Wollte ich aber einem die Spitalkirche verkaufen, das ist Res extra commercium, so wie wenn ich einem den Markt schenken wollte. Darüber also läßt sich nicht paciſciren. Es können aber tradirt werden nicht nur Res praesentes, sondern auch Res futurae, z. B. fructus futuri, wenn sie nämlich wachsen werden. Daher geht auch an, über Res, quae sperantur, Pacta zu errichten, ja man kann selbst über Spem ein Pactum errichten, in so weit man spem pro ista re nimmt, deren Daseyn und Erwerbung vom blosen Glücke abhängt. Da nun Res impossibiles et quidem natura tales nicht können tradirt werden, so geht es auch nicht an, daß man darüber paciſcirt. Impossibilium nulla est obligatio. Ueber den Mond, über die Sterne kann man daher nicht paciſciren, daß man einem dieselben einräumen wolle. Und so giebt es auch Facta, welche

nicht

nicht nur physice impossibilia, sondern auch moraliter impossibilia sind. Daß man einem z. B. 1000 Rthlr. verehren will, wenn er die Seleniten in dem Mond angreift, das ist ein Pactum über ein Factum natura impossibile, und also ist es ipsa natura nullum. Denn ein Pactum, woraus keine Verbindlichkeit entstehen kann, ist nullum. Wenn hingegen auch das Factum nur moraliter impossibile, d. i. den Gesetzen widersprechend ist, oder der Lex etwas zu thun verbietet, so muß auch eo ipso der Lex das Pactum, wodurch man sich dazu verbindet, verbieten. Habetur pro impossibili. Das Gesetz verbietet z. B das Huren, man kann daher darüber kein Pactum errichten. Folglich ist das Pactum, das man mit einer Hure errichtet, ein Pactum, das de re turpi seu moraliter impossibili errichtet worden ist. So auch, wenn man einem Heu zu liefern versprochen hat, es wird aber verboten, keines aus dem Lande zu führen, so ist das Pactum de re moraliter impossibili errichtet, folglich nullum. Wenn man sich nun aber ad facta verpflichtet hat, so ist den römischen Rechten nach etwas besonders, daß man nicht ad facta nuda praestanda angehalten werden kann. Es heissen aber *Facta nuda* diejenigen, welche keine Sache in sich enthalten, oder auf die Uebergabe einer Sache abzielen. Denn z. B. Solutio ist auch ein Factum, aber das bringt traditionem Rei mit sich. Zu einem Facto non nudo, quod respicit rem quandam, et dicitur qualificatum, kann man einen zwingen. Denn man kann die Execution darauf vornehmen und die Sache wegnehmen oder den andern in possessionem immittiren. Wenn z. B. einer ein Haus verkauft hat, so muß er es tradiren, und der Käufer das Kaufgeld bezahlen, zu beyden Factis verbinden sie sich. Es sind aber Facta qualificata, wobey eine Executio statt hat, wo hingegen man einen nicht zwingen kann, daß er, wenn er z. B. versprochen hat, bothenweise nach Frankfurt zu laufen, er hinüber läuft, denn man müßte ihn hinüber tragen, oder wenn ein Zimmermann ein Haus aufzuführen versprochen hätte. Die Römer meynten, es wäre der Freyheit zuwider, auf die sie doch so viel hielten. Allein heut zu Tage, wenn einer ad factum nudum sich verbindet, und es nicht thun will, so hat man schon Mittel, ihn zu zwingen, man incarcerirt ihn, man setzt ihm eine Geldstrafe an, und was dergleichen mehr ist. So, wenn die Frau bey dem Mann nicht schlafen will, ist es ein Factum nudum. Dazu kann man sie schon zwingen, man setzt sie so lange ein und speißt sie mit Wasser und Brod, bis sie es thut.

Bey den Römern war es anders, da mußte derjenige, der ad factum nudum sich verpflichtet hatte, mit dem Interesse fürlieb nehmen, und konnte nicht fordern, daß es der Andre selbst prästiren sollte. Sie meynten, wenn

man einen dazu zwingen könnte, dürften allerhand absurda daraus entspringen. Es hätte z. B. ein Mahler versprochen, einen abzumahlen, so meynten sie, man könnte den Mahler nicht dazu zwingen. Denn wenn man ihm auch den Pinsel in die Hand gäbe, so könnte er einen Eselskopf anstatt des Portraits hinmahlen. Denn es heißt: qui scit mori, nescit cogi. Daher die römischen Gesetze nicht wollten, daß man einen zwingen, oder wenn er Contumax wäre, ins Gefängniß setzen sollte. Und in der That kann geschehen, daß einer so hartnäckig ist, und sich nicht zwingen läßt. Wenn z. B. der Mahler einen nicht abmahlen wollte, so könnte es seyn, daß er sich eher 8 bis 10 Monate incarceriren ließ, und mit Wasser und Brod fürlieb nähme, ehe er nur seinen Entschluß änderte. Was will man alsdenn mit ihm anfangen? Man kann ihn doch deßwegen nicht rädern oder ihn sonst mit einer Lebensstrafe belegen. Wenn er nun nicht will, so ist genug, daß er den Schaden gut machen oder Strafe geben muß, weil er sich der Obrigkeit widersetzt. Da läuft es doch aber wieder auf das hinaus, was die Römer sagten, daß man den, der ad Factum nudum sich verbunden hat, weiter nicht, als ad Interesse praestandum anhalten könne.

Endlich ist hierbey schwer, das Interesse zu beweisen. Bis man auf den Grund kömmt, kostet es viel Zeit und Geld. Daher pflegt man solchenfalls sogleich eine poenam conventionalem abzureden, wenn der andere ein Factum prästiren soll, da brauch ich alsdenn das Interesse nicht zu liquidiren. Z. B. ich accordire mit einem Zimmermann ein Haus zu bauen, und rede mit ihm ab, wenn er das Haus nicht zu beredter Zeit aufschlage, soll er mir 24 fl. bezahlen. Läßt er die Arbeit liegen, so bestelle ich sie bey einem andern und klage auf die poenam conventionalem. Ehe wir ganz schliessen, ist noch der Unterschied zwischen einem ausdrücklich und stillschweigend eingegangenen Vertrag zu bemerken. Jener ist, wenn man mit deutlichen Worten seine Einwilligung an Tag legt, dieser, wenn man es factis thut, z. B. wenn man mit dem Kopf winket, oder der Creditor giebt die Obligation zurück, ohne daß er etwas dazu sagt, welches so viel ist, als daß er ihm die Schuld schenke. Oder besser, der ausdrückliche Vertrag entsteht aus der unmittelbaren Erklärung, es mag durch Worte oder andre Handlungen geschehen seyn. Der stillschweigende Vertrag beruht aus Schlüssen, die man aus des Andern Handlungen folgert. So ist es eine stillschweigende Erbsantretung, wenn der eingesetzte Erbe ohne weiters die Vermächtnisse auszubezahlen anfängt. Wenn jedoch der Creditor zwey Exemplarien von der Schuld hätte, so läßt sich aus der Zurückgabe des einen der Nachlaß der Schuld noch nicht schließen, sondern er will sich nur von allem Verdacht frey machen, daß der Debitor nicht denke, er wolle die Schuld doppelt

pelt fordern. Man sehe hierbey nach Lauterbachs Dissertat. de tacito Pacto remissorio ex redditione Chirographi praesumto.

Drittes Buch.

Tit. II.

De Pactis in specie.

§. 1.

In diesem Titel wird das Vocabulum pacti im engern Verstande, nämlich als diejenige Conventio, welche den Contractibus entgegen gesetzt wird, genommen. Denn die Römer haben einen Unterschied inter *Pacta* et Contractus gemacht, welcher Unterschied aber Juris naturae nicht ist. Nach dem Naturrecht ist in Ansehung der Verbindlichkeit selbst kein Unterschied unter den Verträgen. Alle verbinden gleich stark. Es sey mir aber erlaubt, über diesen Gegenstand hier nur folgende zwey Fragen aufzuwerfen und auch aufzulösen. 1) Warum ist nach dem Naturrecht ein Vertrag gültig? 2) Welches ist der Ursprung der römischen Abweichungen von dem Naturrecht in Ansehung dieses Gegenstandes? Was die erste Frage betrift, so glaubt man gemeiniglich, sie hinlänglich durch das juristische Weidsprüchelgen: pacta sunt servanda, und wenns recht viel ist, dieses durch das neminem laede zu erweisen. Aber bey alledem bleibt es noch immer dunkel und unverständlich, wie ich den andern durch Nichterfüllung des Vertrags beleidige. Vielleicht ist folgende Auflösung deutlicher. Sobald z. B. eine Sache in einem solchen Verhältnis gegen mich steht, daß sie mein Eigenthum ist, so darf der andre ohne meine Bewilligung derselben sich nicht bemächtigen. Erkläre ich aber mich gegen ihn, ihm diese Sache unentgeltlich, oder auch gegen etwas anders abzutreten, so erhält dieser dadurch ein Recht, diese Sache erwerben zu können. Meine Erklärung macht es ihm nämlich möglich. Sobald er nun diese Sache, welche er nach meiner Erklärung erlangen kann, wirklich erlangen will, oder kürzer, mein Anerbieten, mein Versprechen annimmt, sobald ist auch diese Sache sein Eigenthum, nicht mehr meine Sache. Wenn ich nun den Vertrag nicht erfülle, das ist, seine Sache, die noch in meiner Gewalt sich befindet, ihm nicht geben will, so beleidige ich ihn, oder ich stöhre ihn in dem Besitze seiner Vollkommenheiten. Aus diesem folgt, daß die Uebergabe bey Verträgen nach dem Naturrecht nicht erst das Eigenthum begründe.

Die zweyte Frage iſt eben ſo wichtig, und für denkende Lehrlinge nicht nur angenehm, ſondern auch zur Ueberſicht des römiſchen Geſetzſyſtems nothwendig. Schon beynahe mit der Entſtehung des römiſchen Staats ſcheint dieſe Abweichung und der daher gekommene Unterſchied der Verträge entſprungen zu ſeyn. Der Beweggrund zu dieſer Abweichung ſcheint jener weſentliche Zug des römiſchen Charakters, die Unbeſtändigkeit, geweſen zu ſeyn. Was kann man auch von einem zuſammengelaufenen Haufen Geſindels, und das waren die erſten Bürger Roms, einen großen Grad von Tugend erwarten. Deſto weniger auffallend war es daher, öfters die Nichterfüllung des eingegangenen Vertrags durch vorgeſchützte Unüberlegtheit, oder Reue entſchuldigen zu hören. Dieſem Uebel, das eben ſo oft die Quelle von tauſend Ungerechtigkeiten wurde, durfte man nicht geradezu entgegen arbeiten. Allein durch die vorgeſchriebene Forme der Verträge konnte man denſelben allerdings vorbeugen. Verträge, bey deren Errichtung die geſetzliche Form beobachtet wurde, hieſſen zum Unterſchiede *Contractus*. Dieſe vorgeſchriebene Form beſtund anfänglich ganz allein in feyerlichen Worten oder Formeln, und der mit ſolchen Formeln eingegangene Vertrag hieß *Stipulatio*. Da man ſich aber genau an dieſe Worte band, ſo iſt es deſto wahrſcheinlicher, daß auch im Anfange alle Contractus *ſtricti juris* geweſen ſind. Aber dieſe erſte gar zu große Abweichung paßte nur auf die noch ungebildeten Sitten der Römer. Sobald daher dieſes Volk in ſeiner Ausbildung und politiſchen Thätigkeit mehrere Schritte gethan hatte, mußte man auch für die vorher unbekannter Geſchäfte neue Feyerlichkeiten einführen. Dahin gehört die *Dotis dictio*, vermöge welcher Heyrathgut ohne Stipulation, oder die vorgeſchriebenen Formeln, mit andern Förmlichkeiten zugeſagt wurde. Auch darinn fand ſich ein unangenehmer Einwurf gegen den ausſchließenden Gebrauch der Stipulation, daß man öfters die Stipulation völlig abläugnete. Nichts konnte dieſer Gefahr beſſer vorbeugen, als der ſchriftliche Aufſatz des eingegangenen Vertrags. Damit entſtund der *Contractus literarum*. Da aber alle dieſe Förmlichkeiten allein deßwegen eingeführt wurden, um der Ausrede der Unüberlegtheit und des Gereuens vorzubeugen, dieſe Ausrede aber durch die Erfüllung des Verſprechens oder die wirkliche Uebergabe der verſprochenen Sache ſchon von ſelbſt wegfiel, ſo wurden auch alle diejenigen Verträge, mit denen eine ſolche Datio rei verbunden war, für Contractus gehalten, und *reales* genannt. Dahin wurden der Anleih- und Lehn- Verwahrungs- und Pfandvertrag gerechnet. Wenn ich z. B. dem andern wirklich Geld gelehnt hatte, ſo kam die Ausrede des Gereuens oder der Unüberlegtheit zu ſpat. Dieſe Verträge erforderten aber die wirkliche Erfüllung derſelben von Seiten des Verſprechers. Aber oft war dieſe Erfüllung den Vertragenden nicht möglich oder doch nicht anſtändig,

dig, und doch wollten sie ihren Vertrag verbindlich schließen. Die Stipulation und der schriftliche Aufsatz war ihnen oft bey dem Mangel der Zeit, oder dem geringen Werth des Gegenstandes zu weitläuftig. Wer wollte einem zumuthen, wegen jeden dem andern aufgetragenen Geschäftes, oder des dem andern verkauften Kalbs die steifen Förmlichkeiten der Stipulation zu beobachten? Man fand daher für billig, diejenigen Verträge, die am häufigsten vorkamen, ohne alle Förmlichkeiten und allein wegen der beyderseitigen Einwilligung, für verbindlich zu erklären. Dadurch wurde der Kauf- Mieth- Erbzinß- und Gesellschaftsvertrag und die einem aufgetragene Verrichtung seiner Geschäfte, Mandatum, eigentliche Contrakte, die man, da sie allein durch die Einwilligung entstehen, *consensuales* genannt hat.

Bey allen diesen Contractibus blieben die römischen Gesetze doch in soweit bey dem *Naturrecht*, überall die wechselseitige Einwilligung als ein wesentliches *Stück* zu erfordern. Aber öfters kamen Geschäfte vor, bey denen diese Einwilligung zwar fehlte, allein es demungeachtet unbillig war, den, der eingewilligt hatte, dadurch in Schaden kommen zu lassen, weil der andre, der zwar nicht eingewilligt, aber doch Nutzen aus dem Geschäfte gezogen hatte, deßwegen die Schadloshaltung verweigerte, weil er nicht eingewilligt habe. Der Vormund z. B. übernimmt mit seiner Einwilligung die Vormundschaft, und verbindet sich daher zu allen daher entspringenden Pflichten. Bey der Beobachtung dieser Pflichten aber kann es geschehen, daß er einen Theil seines Vermögens aufopfert, und dadurch des Pupillen Vermögen verbessert. Dürfte er nun dieses Aufgeopferte nicht zurück fordern, weil der Pupill in die Vormundschaft nicht eingewilligt hat, so würde dieser mit eines andern Schaden sich bereichern. Diese Unbilligkeit haben die Gesetze eingesehen, und daher verordnet, daß in allen Fällen, da eines Nutzen befördert worden ist, er auch ohne seine Einwilligung zur Schadloshaltung angehalten werden solle, gleichsam als wenn er eingewilligt hätte, quasi contraxisset. Daher haben solche Geschäfte nicht von den Gesetzen, sondern in der Schule den Namen *quasi Contractus* erhalten. Die Römer rechneten dahin die Verrichtung der Geschäfte des andern ohne dessen Einwilligung, (negotiorum gestionem), die Vormundschaft, die Antretung der Erbschaft, Verwaltung der Erbschaft, oder sonst einer gemeinschaftlichen Sache, Bezahlung desjenigen, was man nicht schuldig ist. Jedem Contrakte legten die Römer nicht nur eine *Causam*, das ist einen Grund der Verbindlichkeit, z. B. die Formeln, den schriftlichen Aufsatz, die Erfüllung des Versprechens ꝛc., sondern auch eine eigene und bestimmte Forme, und meistens einen eigenen Namen bey. Dem Albo Praetoris formularum war ein solches Namenverzeichnis

zeichnis aller Contrakte einverleibt, und es wurden auch nur ſolche, die daſelbſt aufgezeichnet waren, für eigentliche Contrakte gehalten. War ein vorkommender Vertrag in dem Albo nicht zu finden, ſo konnte man auch aus ſelbigem nicht klagen, da dieſes damals eine eigene von den Geſetzen vorgeſchriebene Formel erforderte. Allein auch hier zeigten ſich in den Geſetzen öfters große Lücken, indem öfters Geſchäfte vorkamen, denen man ihre innere Verbindlichkeit nicht abſprechen, ſondern nur den Mangel einer beſtimmten Formel vorwerfen konnte. Nicht nur der Prätor bediente ſich ſeiner Gerichtsbarkeit wegen der Aehnlichkeit mit andern Contracten, dergleichen Verträge für gültig anzuſehen, ſondern auch und vorzüglich halfen die Jurisconſulti den Bedrängten, und erklärten ſolche *negotia nova* für wirkliche Contractus, wenn bey ſolchen eine *Datio*, oder ein *Factum* zum Grunde lag. Allein eine beſtimmte Klage konnte man bey dem Mangel einer geſetzlichen Formel nicht geben. Die Klage hieß daher *Actio incerti*, oder *in factum*. Ein ſolcher Contractus hieß *innominatus*, weil er in dem Albo Praetoris formularum nicht ausdrücklich bemerkt worden war. Aber öfters fehlte eine ſolche von den Jurisconſultis zum contractui innominato erforderte Datio oder Factum, hingegen ſprach die Natur der Sache und die Billigkeit für einen ſolchen Vertrag das Wort. Dachte der Geſetzgeber eben ſo, ſo gab er in einem Geſetze einem ſolchen Vertrag die volle Verbindlichkeit eines Contrakts, und daher hieß ein ſolcher Vertrag pactum legitimum, d. i. durch ein Geſetz bekräftigt. Eben ſo oft unterſtützte der Prätor ein ſolches Geſchäfte. Daher die Pacta Praetoria. Endlich ließ man auch einen Vertrag als einen Theil eines Contracts gelten, wenn jener dieſem angehängt, und dieſer dadurch näher beſtimmt wurde. Allein die Teutſchen dachten hierinn ganz anders, und ſie ſchämten ſich, ihr einmal gegebenes Wort zurückzunehmen. Daher ſahen ſie alle ernſthaft eingegangene Verträge für gleich verbindlich an. Die Klage aus einem ſolchen Vertrag heißt Actio ex Pacto, oder Condictio ex moribus, weil mehr auf dem Herkommen, als auf einem ausdrücklichen Geſetze die Verbindlichkeit dieſer Verträge beruhet.

§. 2.

Pactum non nudum heißt, wie wir oben gehört, überhaupt eine Conventio, die ſich ad Contractus nicht referiren läßt, hingegen aber doch eine Vim obligandi civilem erhalten hat. In ſolchem Verſtande begreift es die Pacta legitima und adjecta unter ſich. Pacta *legitima* aber heiſſen überhaupt diejenigen, welche durch ein beſondres ausdrückliches Recht eine Verbindlichkeit erhalten haben. Das Jus darf aber nicht gerade das Jus civile, oder eine Art deſſelben ſeyn, ſondern es kann auch ein Jus Praetorium ſeyn. So iſt die Donatio ein

Pactum,

Pactum, denn es wird ein mutuus Consensus in Donatario und Donatore erfordert, allein dieses Pactum läßt sich zu den Contractibus nicht rechnen, gleichwohl wirkt es obligationem civilem, so daß man darauf in Gerichten klagen kann. Das rührt von einem eigenen Gesetze, nämlich von dem Lege 35, §. ult. Codicis de Donationibus her. Darinn sind die Donationes dahin bestättigt worden, daß sie auch eine obligationem civilem sollen hervorbringen können. Darum heißt auch Donatio Pactum legitimum. Dahin gehört auch das Pactum hypothecae, und weil dann ein solches Pactum durch ein besondres Gesetz bestättiget worden, so heißt es auch vestitum, wie denn Wilhelm Fornerius besonders ausgeführt hat, daß Pactum vestitum nicht a Veste, sondern von dem vestire, bevestigen, seinen Namen erhalten, denn vestire heißt auch confirmare. Man kann jenen auch das Pactum constituti beyzählen, welches von dem Prätor seine Verbindlichkeit erhalten, wie unten mit mehrerm wird gezeigt werden.

§. 4.

Pacta *adjecta* heissen diejenigen, die zu einem Contrakt angehängt worden sind. Sie sind also mit dem Contractu für eines anzusehen, und erhalten daher auch selbst zufälliger Weise die Verbindlichkeit von dem Contractu. Ich verkaufe z. B. einem ein Haus, dinge mir aber dabey aus, daß, wenn binnen vier Wochen jemand kommen sollte, der mir mehr geben würde, (welches Pactum de retrovendendo heißt) so soll der Kauf ungültig seyn, und das ist ein Pactum adjectum. Soll es nun eine Verbindlichkeit erhalten, so muß es dem Contractui in continenti angehängt werden, d. i. zu der Zeit, da er zu Stande kömmt, denn sonst geht es nicht an, daß man das Pactum adjectum für einen Vertrag, und den Consensum praestitum in Contractum und Pactum adjectum pro uno Consensu halten kann. Sobald das Pactum nicht zugleich angehängt worden, ist es als etwas verschiedenes vom Contrakt anzusehen, kann also auch vom Contrakt nicht seine vim obligandi participiren, für sich aber hat es keine, und daher bewirkt es auch keine Verbindlichkeit, wenn es nicht in continenti ist adjicirt worden. Aus einem angehängten Nebenvertrag entsteht die Klage des Hauptvertrags, dessen Theil jener ist. Man sagt aber, daß das Pactum angehängt worden sey, entweder in ingressu oder aber in egressu. In ingressu, Nevius will meinen Garten kaufen. Ich bin es zufrieden, doch sage ich gleich zum voraus, wenn wir einig werden könnten, so soll er mir das Geld in lauter französischen Louis d'or geben, er verspricht es zu thun, wir, werden hernach wegen des Geldes auf 800 Rthlr. einig, so ist das Pactum in ingressu jure accessorii gültig. In egressu, nachdem wir einig geworden,

und er fortgehen will, fällt mir ein, daß ich ſage: wenn er mir nicht das ganze Geld in vorgedachter Sorte geben könnte, ſoll er mir doch für 400 Rthlr. geben, und er willigt ein, ſo gilt es noch jure acceſſorii. Wenn aber Mevius zu mir kömmt, um zu handeln, wir werden auch richtig, weil ich aber juſt Taback rauche, ſo ſetzt er ſich dazu nieder, es kömmt auch Cajus dazu und leiſtet Geſellſchaft, wir belieben eines zu ſpielen, welches ein paar Stunden dauert, als Mevius fortgeht, behalte ich mir obiges vor, ſo gilt es nicht mehr.

§. 5.

Nun iſt von Subſtantialibus, Naturalibus et Accidentalibus pactorum zu handeln. Es iſt dieſes eine Diſtinctio, welche von ſehr großem Nutzen, indem man dadurch auch Accidentalia, Subſtantialia und Naturalia feudi, worauf es im ganzen Jure Feudali ankömmt, erklären kann. Ein Contrakt iſt ein Ens. Wie nun alle Entia ihre Determinationes haben, ſo finden ſich auch bey einem Contrakte allerhand Determinationes. Man hat bey einem jeden Ente Determinationes conſtantes und variabiles, oder kurz, Conſtantia und Variabilia. Was nun die Conſtantia anbetrift, ſo gehören dahin die Eſſentia und die Attributa, das ſind Determinationes neceſſariae, die von einem Ente, wo es ſich ſoll concipiren laſſen, nicht wegbleiben können, ſo daß, wenn ſie weg ſind, ſich das Ens nicht mehr concipiren läßt. Das nennt man in Ontologicis Conſtantia Entis, ſeu Determinationes conſtantes. Dieſe Determinationes conſtantes nun heiſſen auch Subſtantialia, deßgleichen Eſſentialia. So haben wir auch bey einem Contrakte Determinationes, die Conſtantes, oder Neceſſariae ſind, ſo daß, wenn ſie nicht da ſeyn ſollten, der Contrakt aufhört ein Contrakt, und zwar von dieſer oder jener Art zu ſeyn. Es bleibt zwar ein Contrakt, wird aber ein Contrakt von andrer Art. Daher freylich dieſe Subſtantialia den Begriff vom Contrakte ausmachen, und ſich derſelbe ohne dieſe Determinationes nicht begreifen läßt. Z. B. in mutuo iſt eine Determinatio neceſſaria, daß die Sache in eadem qualitate et quantitate, oder tantundem reſtituirt werden ſoll. Sobald dieſe Determinatio nicht vorhanden iſt, ſo iſt es kein Contractus mutui mehr, ſondern es wird ſogleich ein Commodatum daraus, denn da darf man nicht nur tantundem, oder eben ſo viel, ſondern man muß in ſpecie oder in individuo die Sache reſtituiren. In Emtione Venditione ſind die Subſtantialia merx et pretium, denn das ſind Determinationes, die nothwendig vorhanden ſeyn müſſen, wenn der Contrakt eine Emtio Venditio ſeyn ſoll. Man nehme mercem hinweg, ſo iſt es kein Kauf mehr. Wenn man z. B. anſtatt der Waaren operas ſetzt, ſo kömmt gleich Locatio Conductio Operarum heraus. Man nehme das pretium hinweg,

weg, welches in pecunia numerata beſteht, und ſubſtituire etwas anders dafür, ſo hört gleich wieder auch der Contrakt auf, Emtio Venditio zu ſeyn, und wird ein Tauſch daraus. Nun giebt es auch Determinationes variabiles bey Contractibus, dahin gehören denn Accidentalia und Naturalia zuſammen. Determinationes variabiles heiſſen diejenigen, welche auch wegbleiben, und wenn ſie vorhanden ſind, auf dieſe oder eine andre Weiſe ſich verhalten können, ſo daß das Gegentheil allemal möglich iſt. Hingegen bey den Subſtantialibus iſt das Gegentheil, wenn ſie nämlich vorhanden ſind, nicht möglich, daß ſie nicht vorhanden ſeyn könnten, wenn nämlich der Contrakt verbleiben ſollte. Hier aber mögen die Naturalia und Accidentalia weg ſeyn, und der Contrakt bleibt doch. Unter den Determinationibus variabilibus findet ſich nämlich ein Unterſchied, einige ſind ordinariae, andere extraordinariae. Die Determinationes ordinariae variabiles heiſſen *Naturalia*. Eben deßwegen, weil einige die Naturalia und Eſſentialia Contractus zu vermengen pflegen, haben andere Doktores für rathſam gehalten, daß man die Naturalia vielmehr Ordinaria nennen ſollte. Unterdeſſen kann man ſie auch Naturalia nennen, wenn man nur beyde erklärt und ſagt: Naturalia ſeyen Determinationes variabiles Contractus, aber ordinariae, welche gewöhnlich bey einem Vertrage ſich befinden. Z B. in Emtione Venditione iſt ein naturale die Evictio. Denn daß die Gewährſchaft geleiſtet werden muß, iſt eine Determinatio naturalis, welche gewöhnlich bey der Emtione Venditione iſt. Daß ſie erſt verabredet worden, iſt ganz etwas beſonders, da man die Naturalia nicht erſt bey einem Contrakte zu verabreden braucht, ſondern ſie gewöhnlich ſich dabey befinden. Unterdeſſen, was ſich bey einer Sache nur gemeiniglich befindet, das kann auch bisweilen von ihr wegbleiben. Es iſt aber etwas ſeltenes. Daher kann man die Determinationes ordinarias den attributis nicht vergleichen, weil die Attributa neceſſaria, hingegen die naturalia Contractus nicht neceſſaria ſind, ſondern auch wegbleiben können, wie ſie denn auch oft per pacta adjecta weggebracht werden. Was ferner die Accidentalia anbetrift, ſo ſind dieſe Determinationes auch zwar Variabiles, welche aber nicht gewöhnlich bey einem Contrakte, ſondern auſſerordentlich vorhanden ſind, ſo daß es alſo etwas auſſerordentliches iſt, daß dieſe Determinationes dabey ſind. In einer Geſellſchaft iſt Gewinnſt und Verluſt gewöhnlich gleich. Wenn nun aber per pactum adjectum verabredet wird, daß an einen Socium zwey Theile des Lucri und Damni, an den andern aber Pars tertia, wie der Caſus in Inſtitutionibus angemerkt iſt, kommen ſoll, ſo iſt es auch eine Determinatio Contractus Societatis, welche durch pactum adjectum hinzukömmt. Allein es iſt etwas auſſerordentliches. Gewöhnlich iſt es nicht ſo. Mithin gehört dieſe Determina-

tio ad accidentalia der Gesellschaft, woraus man gleich sieht, daß die Accidentalia wegbleiben können, und es bleibt doch der Contrakt, wie er ist. Es ist, wie bey dem Menschen. Ein Mensch hat z. B. gemeiniglich nur fünf Finger an jeder Hand, ausserordentlicherweise aber kann er auch sechs Finger an einer Hand haben, es ist daher eine Determinatio ordinaria bey dem Menschen, wenn er fünf Finger hat. Wenn er aber sechs, oder nur vier hat, so bleibt er deswegen doch ein Mensch. So ist es auch beym Contrakt, wenn ein naturale weg ist, oder es ist bey ihm ein Accidentale, so bleibt er deswegen doch ein Contrakt. Wenn z. B. die Eviction bey einem Contrakte wegen des Nebenvertrags nicht geleistet werden darf, so ist der Contractus deswegen doch Emtio Venditio, und ändert der Mangel des naturalis, oder das Daseyn des accidentalis den Contrakt nicht, daß er dadurch ein andrer Contrakt würde. Dieß hat noch insonderheit den Nutzen, daß, wenn es auf den Beweis eines Contrakts oder einer Determination dabey ankömmt, die Naturalia vermuthet werden, die Accidentalia aber nicht. Welches daher kömmt, weil die Accidentalia Determinationes extraordinariae, die Naturalia aber ordinariae sind. Und es heißt: Ordinarium praesumitur, extraordinarium probandum est. Solchergestalt kann man keinem den Beweiß aufbürden, daß er nämlich beweisen soll, es sey ihm die Evictio versprochen worden. Man pflegt es zwar ex Cautela abundante zu thun, daß man die Eviction in die Kaufbriefe ausdrücklich hineinsetzt, wenn sie aber ausgelassen ist, so wird sie als ein Ordinarium vermuthet. Das Extraordinarium muß bewiesen werden, daß nämlich ein Pactum errichtet worden sey, daß der Verkäufer die Eviction zu prästiren nicht gehalten seye. Das ist etwas ausserordentliches und muß bewiesen werden.

§. 6.

Nun kommen wir auf die Pacta, welche in Ansehung der wesentlichen Theile angehängt werden. Diese sind entweder gegen die Gesetze, oder aber denselben gemäß. Im erstern Falle gelten sie nicht. Das ist an und für sich klar, denn was den Rechten entgegen läuft, ist für ungültig zu halten. Man setze also den Fall, daß ein Pactum errichtet worden wäre, kraft dessen der in Ansehung der gekauften Sache begangene Betrug nicht prästirt werden soll, so ist es ein Pactum, quod circa substantialia fuit adjectum, und gilt nicht. Denn ein Pactum, ne dolus praestetur, ist den Rechten zuwider, weil dadurch Gelegenheit zu Verbrechen gegeben würde, welcher Casus in Lege 27, §. 3. ff. de Pactis ausdrücklich zu finden ist. Sind sie aber nicht gegen die Gesetze, so muß man sehen, ob sie den Contrakt in einen andern verwandeln oder nicht. Z. B. der Contractus Emtionis venditionis verwandelt ein Pactum

in

in ein andres, wenn pacto adjecto abgeredet worden ſeyn ſollte, daß ſtatt des Geldes etwas gethan, oder eine andre Sache gegeben werden dürfte, da wird das Pactum auch circa Subſtantiale adjicirt, nämlich circa pretium, es geht aber eine ſolche Aenderung dadurch vor, daß der Contrakt aufhört Emtio Venditio zu ſeyn, und ein Contractus innominatus oder nominatus daraus wird. Man ſetze den Fall, welcher Lege 6, §. 1 de Action. enthalten iſt. Titius verkauft einem ein Haus, und zwar dergeſtalt, daß er ſtatt deſſelben ihm ein andres erſtatten, alles dasjenige nämlich thun ſoll, was zur Reparation auf demſelben erfordert wird. Der Lex ſagt: das Pactum ändere den Contrakt. Warum? Es iſt keine Emtio Venditio mehr. Denn wir haben zwar mercem, aber kein Pretium, indem das Pretium in pecunia numerata beſtehen ſoll. Das iſt hier nicht, ſondern es iſt der Contractus Do ut facias. Contractus Do ut facias aber iſt ja nicht Emtio Venditio. Eben ſo beym precario, da iſt der Natur, ja dem Begriff deſſelben zuwider, wenn man ein Pactum adjiciren wollte, daß innerhalb einer gewiſſen Zeit das Precarium nicht ſollte wiederrufen werden können, da ein Precarium ſeinem Begriffe nach dasjenige iſt, quod pro lubitu eſt revocabile, welches Pactum adjectum in Lege 12. ff. de precario bemerkt iſt. Hingegen wird manchmal der Contrakt nur verändert, nicht ganz aber ein andrer beſtimmt. Wenn z. B. es bey dem Depoſito hieſſe, daß die Sache nicht in ſpecie, ſondern nur tantundem reſtituirt werden ſoll, ſo wird ſogleich ein Mutuum daraus. Wenn ich z. B. Geld bey einem deponire, und ich ſage: ich will auch zufrieden ſeyn, wenn ihr mir nur allenfalls, wenn ich das Depoſitum zurück haben will, wieder ſo viel gebt, als ich hier bey euch deponire, ſo geht es nicht an, es iſt kein Depoſitum mehr, denn bey einem Depoſito muß die Sache in ſpecie reſtituirt werden, nicht aber nur tantundem, denn da wird gleich ein Mutuum daraus. Wenn ich hingegen ſage, daß er auch die Sache ſoll nutzen und gebrauchen können, nur ſo, daß ſie doch unverſehrt verbleibt, und mir in ſpecie wieder reſtituirt werden kann, ſo wird dadurch der Contrakt nur in etwas geändert, er verbleibt doch aber noch ein Depoſitum, weil doch noch in ſpecie die Sache reſtituirt werden ſoll. Alſo gilt zwar ein ſolches Pactum contrarium, aber nicht nach der Beſchaffenheit desjenigen Geſchäfts, welches die Contrahenten benannt haben. Sodann giebt es auch noch Pacta, welche das Weſen des Contrakts blos näher beſtimmen. Eſſentia Contractus Societatis z. B. beſteht in lucro, und zwar ſoll das Lucrum ſingulis Sociis gemein ſeyn. Es meynt zwar Stryck, daß es nicht nöthig wäre, daß in einer Societät alle ein Lucrum hätten, weil es ja ſeyn könnte, daß einer darauf renuncirt hätte. Allein da gebührt ihm doch der Gewinnſt, und wenn er ihn nicht haben will, ſo ſchenkt er ihn weg, und

genieſſen alſo die andern nicht das ganze Lucrum ex Societate, ſondern aus einer Schenkung des andern. Unterdeſſen geht es doch an, ein Pactum circa ipſum Lucrum, welches ein Subſtantiale hujus pacti iſt, zu errichten, daß auf einen zwey Theile, auf den andern aber nur ein Theil des Gewinnſts fallen ſoll. Da bleibt deswegen doch die Geſellſchaft beſtehen, ob gleich ein ſolches Pactum circa Eſſentiale Contractus beygeſetzt worden iſt, denn es iſt nach deſſen Weſen beygeſetzt, ſo daß der Begriff noch neben dieſer Determination, welche hinzukömmt, beſtehen kann.

§. 7.

Wir haben auch Pacta, welche circa naturalia angehängt werden. Durch dieſe werden nun entweder Naturalia weggenommen, oder durch Accidentalia vermehrt. Was den erſten Fall betrift, daß naturalia per pacta adjecta vermindert werden können, ſo iſt es der, da nämlich durch ein Pactum adjectum die Evictio von einem Contrakt weggenommen wird, oder man ſich ausbedingt, daß der Käufer nicht gehalten ſeyn ſoll, die Eviction zu leiſten. Hingegen kann man auch ad naturalia etwas hinzuthun, wenn z. B. circa Locarium verabredet wird, daß es alle Vierteljahre bezahlt werden ſoll. Hier wird etwas am Contrakt, und zwar circa naturalia Contractus, vermehrt, denn gemeiniglich wird das Locarium jährlich entrichtet, nämlich von praediis ruſticis, weil alle Jahre die Früchte pflegen gezogen zu werden, zu deren Vergütung das Locarium entrichtet wird, und accidentalia in ihre Stellen geſetzt werden, dadurch alſo die natura Contractus ganz anders umgeändert werden kann. Nur iſt noch zu merken, daß an einem Orte naturalia Contractus ſeyn können, welche an dem andern accidentalia ſind, wie wir es auch bey Feudis wahrnehmen, und an einem Orte können accidentalia ſeyn, ſo an einem andern naturalia ſind. Z. B. es iſt an einem Orte bey praediis Vrbanis etwas gewöhnliches, daß man das Locarium alle Vierteljahre entrichtet, und daher iſt es allda ein naturale Locationis Conductionis, hingegen kann dieſes Naturale an einem andern Orte ein accidentale ſeyn, wie man denn viele Orte hat, da das Locarium jährlich von Praediis urbanis entrichtet wird.

Zum Beſchluſſe iſt zu bemerken, daß folgende vier Stücke die Accidentalia ausmachen, nämlich 1) Modus, 2) der Ort, 3) Zeit, und 4) die Bedingung. Dieſe gehen das Weſen des Contrakts nicht an, ſondern können ohne Schaden deſſelben da oder weg ſeyn.

Drittes Buch.

Tit. III.

De Contractibus in genere.

§. 1.

Wir haben bereits oben gehabt, daß Contractus eine Conventio cum Causa sey, und eben daher diejenigen Conventiones, welche sine Causa sind, oder welche keine Causam an sich haben, Pacta heissen. Wir haben auch gesehen, was Causa ist. Daher ist nun leicht zu begreifen, daß Struv sich irrt, wenn er sagt, es sey ein Negotium. Denn bey den Pactis legitimis haben wir auch negotia, und zwar solche, die zum Behufe des gemeinen Handels und Wandels dienen. Gleichwohl werden die Pacta legitima von Contractibus unterschieden. Man muß also vielmehr durch die Causam bey einem Contrakte diejenigen Determinationes Civiles, in welchen der Grund von der Obligatione Civili enthalten ist, verstehen, daher ist auch die Causa nach der Verschiedenheit der Contrakte verschieden, und umgekehrt. Z. B. in Emtione Venditione, wenn ein mutuus Consensus de certa re et certo pretio vorhanden ist, so ist die Obligatio Civilis ex Emtione Venditione da, und macht also die Causam der mutuus Consensus determinatus intuitu mercis et pretii aus. So ist auch bey dem Mutuo nicht eher eine Obligatio vorhanden, als bis die Traditio erfolgt ist, vorher nicht. Darum wird es ad Contractus reales referirt. Hier ist also die Causa traditio Rei, worüber der Contrakt eingegangen worden. Bey Contractibus innominatis sagt man, habe man auch eine Causam, was ist hier die Causa? Antw. Nichts anders als die Erfüllung des Contrakts auf einer Seite. Ist Praestatio ab una parte geschehen, so hängt die Obligatio Civilis davon ab, denn es ist der andre ebenfalls auf seiner Seite gehalten, den Contrakt zu erfüllen. Es bestättigt sich dieser Begriff von der Causa durch alle Contrakte. Daher ist auch nicht an deme, wenn einige meynen, daß die Causa Praestatio wäre. Denn es giebt Contractus, wo schon ante praestationem, z. B. traditionem Rei, eine Obligatio vorhanden ist, als wie bey Contractibus Consensualibus, insbesondere der Emtione Venditione. Wenn da der Käufer und Verkäufer in Ansehung der Sache und des Preises nun einig geworden sind, so wird weiter keine Traditio, noch auch Solutio pretii erfordert, sondern vorher schon ist ein jeder civiliter verbunden, von dem Contrakte weiter nicht abzugehen.

Struv ist selbst von diesem Begriffe nicht weit entfernt gewesen, indem er sagt: daß Causa dasjenige sey, welches die Verbindlichkeit bewirke. Nur ist noch die Frage, was das ist? Das läßt sich nun im allgemeinen nicht anders, als wie gesagt ist, bestimmen. Es heißt sonst auch, es sey certa forma Legibus praescripta.

Lauterbach hat eine Dissert. zu Tübingen gehalten: De Contractibus in genere.

§. 2.

Die Contractus werden in veros et quasi Contractus, die veri wieder in nominatos et innominatos abgetheilt. Contractus innominati werden gemeiniglich auch wieder in vier Species eingetheilt, als 1) Contractum Do, ut des, 2) Do, ut facias. 3) Facio, ut des, 4) Facio, ut facias. Die Contractus nominati sind auch wieder vel Reales, vel Verbales, vel Consensuales, vel Literales. Was ist also ein Contractus verus? Antw. Derjenige, der aus der beyderseitigen Einwilligung besteht, der Consensus verus aber wird hier Consensui ficto entgegengesetzt, dergleichen Consensus fictus bey den quasi Contractibus vorhanden ist. Denn die particula quasi deutet allemal, wo sie in Rechten vorkömmt, eine Fictionem an. Nun ist selbst dem Recht der Natur nach der Consensus verus wieder entweder ausdrücklich oder stillschweigend, und jener bald schriftlich, bald mündlich. Der Consensus *praesumtus* ist ein Mittelding, welches aber in Ansehung der Wirkung dem wirklichen gleich gehalten wird. Man nennt jedoch auch manchmal praesumtionem Juris et de Jure eine Fiction, et Consensum, qui jure praesumitur, Consensum fictum. Daher kann man nun sagen, daß quasi Contractus sind, welche aus einem Consensu ficto bestehen. Besser noch sagt man, quasi Contractus sind negotia, die eigentlich keine Contractus sind, sondern nur von dem Gesetze eine solche Wirkung erlangt haben. Emtio Venditio ist ein Contractus verus, warum? Antw. Sowohl in Emtore als in Venditore ist ein Consensus verus vorhanden vel Verbis, vel Literis expressus, und daher heißt er ein Consensus verus. Hingegen in dem Falle, da der Pupill ad indemnitatem Tutori suo praestandam ex quasi Contractu gehalten, wird ein Consensus ipso Jure fingirt, da er revera nicht consentirt, wie es auch sein Dissensus zeigt. Es wird aber fingirt oder ipso Jure präsumirt, wie es die Probatio in Contrarium ausweißt, als wenn er zur Zeit der Verwaltung seinem Vormund die Schadloshaltung versprochen hätte. Daher wird Administratio Tutelae ein quasi Contractus genannt. Dergleichen quasi Contractus werden unten mehr vorkommen. Allezeit aber ist der Consensus fictus die

Folge

Folge der gesetzlichen Verordnung, nicht aber ist der Consensus tacitus der Grund, sonst könnte man sich dagegen verwahren.

§. 3.

Contractus *nominati* heissen diejenigen, bey welchen eine gewisse Formel zu klagen vorgeschrieben war, welche auch Formula agendi genannt wurde. Brissonius, welcher das Jus formularium bey den Römern am accuratesten abhandelt, hat von diesen Formulis einen ganzen Traktat geschrieben. So heißt der Contractus Emtionis Venditionis ein Contractus nominatus, denn dabey hatte man, wenn man ihn eingieng, eine vorgeschriebene Klagformel, nach welcher man aus diesem Contrakte seinander belangen konnte. Denn nach den Namen allein kann man es nicht beurtheilen und sagen, die Contractus nominati seyen diejenigen, welche einen Namen in Rechten erhalten *haben*, wie Emtio Venditio den Namen des Kaufs und Verkaufs. Denn es giebt Contractus, die ein nomen speciale in Rechten erhalten haben und keine Contractus sind, als wie der Contractus permutationis, der Contractus aestimatorius. Die haben zwar ihre besondre Namen in Rechten erhalten, und doch sind sie ad Contractus innominatos zu rechnen, weil bey ihnen, wenn ein Theil den andern belangen will, keine besondere Klagformel vorgeschrieben, sondern ein jeder klagen mußte, wie es verabredet war. Deswegen heißt auch die Actio generalis ex iisdem Actio praescriptis verbis, welche die einige Actio für alle Contractus innominatos ist. Hingegen haben alle besondre Contractus nominati ihre besondre Klage, und war zu einer jeden eine besondre Formel vorgeschrieben, wornach einer sein Recht gerichtlich ausführen mußte. Es waren vorgeschriebene Worte, so daß, wenn er nur ein Wort an der Formel, oder an diesen Verbis praescriptis versehen hatte, er sachfällig war. Dadurch wollten die Römer vielen Chicanen zuvorkommen, und die Processe abkürzen, daß keine Streitigkeiten bey Auslegung der Worte, die einer in agendo gebraucht hatte, vorkommen könnten. Also heissen Contractus innominati diejenigen, die ihre gewisse Formulam agendi nicht haben, sondern aus welchen man blos so, wie sie verabredet worden sind, klagen muß. Z. B. der Contractus Do, ut des, ich gebe dir etwas, daß du mir wieder etwas giebst, hat keine certam formam agendi bey sich, sondern man klagt blos aus diesem Contractu actione praescriptis Verbis, wie der Contrakt gelautet hat. Eben daher aber ist gekommen, daß die Contractus nominati einen besondern Namen bekommen haben, weil bey ihnen die Umstände nicht so sehr abweichen, wie bey den Contractibus innominatis. Da konnte man eher einen Namen erdenken, als bey den Innomi-

natis. Daher sagen auch die Doktores, ein Contractus nominatus bewirke eine actionem sui nominis, z. B. Emtio Venditio producirt actionem Emti Venditi, Locatio Conductio actionem Locati conducti. Pactum und Contractus nominati unterscheiden sich also von einander, sowohl durch die Causam, als durch die determinatam agendi formam. Beydes fehlt bey einem Pacto. Allein Contractus innominati unterscheiden sich von Pactis nicht durch eine determinatam agendi formam. Diese fehlt bey Pactis und Contractibus innominatis, sondern blos durch die Causam, daß die Contractus innominati Conventiones sind, die ihre Causam haben. Sonst kann man auch sagen: Contractus innominati seyen diejenigen, die keinen besondern Namen in Rechten haben, wenn man sie in *regulares* und *irregulares* eintheilen, und diese diejenigen nennen will, die einen besondern Namen haben, als permutatio und Contractus aestimatorius. Man hat aber diese Unterabtheilung nicht nöthig, wenn man sagt: nachdem das Jus Formularium wegfällt, Contractus nominati seyen diejenigen, welche eine gewisse bestimmte Klage hervorbringen, Innominati, die keine eigens benannte Klage, sondern Actionem generalem in factum c. praescriptis verbis bewirken.

Sonst stehet noch zu bemerken, daß man ex Contractibus innominatis entweder ad implementum praescriptis verbis, oder ad consequendum, quod dedimus, causa data, causa non secuta klagt.

§. 4.

Es werden die Contractus ferner eingetheilt in Contractus *bonae fidei* et *stricti Juris*. Bona fides wird hier anders genommen, als oben, wo es malae fidei entgegengesetzt worden ist, nämlich pro aequitate, und heißt ein Contractus bonae fidei, bey welchem die Contrahentes nicht alles haben verabreden wollen, was sich nämlich von selbst versteht, und der natürlichen Billigkeit gemäß ist, daß also das weggelassene nach der Billigkeit ergänzt werden müßen. Hingegen Contractus stricti Juris heissen, bey welchen alles, wozu man sich hat verbinden wollen, verabredet worden ist, so daß man zu weiter nichts, als zu dem, was ausgedrückt worden ist, verbunden seyn will, dergleichen Stipulatio ist. Daß demnach hier strictum Jus so viel, als ad verba contrahentium restrictum heißt. Denn man ist dabey zu weiter nichts verbunden, als was man ausdrücklich verabredet hat. Wenn sich daher gleich noch etwas der Billigkeit, oder der Natur des Contrakts nach verstehen ließ, so durfte es doch nicht ergänzt werden. Daher wohl öfters jenes hier einschlug: summum Jus summa injuria. Der Richter war an die Worte gebunden,

denn die Römer sagten: warum gebraucht man bey einem Contrakte gewisse und feyerliche Worte? Warum eine Schrift? Und sie hatten die Meynung, daß es in der Absicht geschehe, weil man darunter weiter nichts, als was die ausdrücklichen Worte in sich enthalten, verstehe, und also auch darüber die Obligation nicht ausgedehnt haben wolle. Daher kam es eben, daß sie bey dem Mutuo oder Darlehen auf keine Zinse sprachen, wo man sie sich nicht ausdrücklich, und zwar durch einen besondern Contrakt, nämlich durch die Stipulation, hatte versprechen lassen. Sonst haben sie nicht einmal auf die Vsuras ex mora in mutuo gesprochen, weil sie sagten, das Mutuum wäre so beschaffen, daß es ein Gratuitum negotium oder Pactum wäre, dem es widerspräche, daß man noch etwas pro pecunia credita gebe. So, daß sie auch nicht einmal ein Pactum de Vsuris pro pecunia credita solvendis zugelassen hatten. Im Gegentheil richtet man sich bey Contractibus bonae fidei nicht nach Verbis solennibus, und redet auch nicht alles, wozu man sich verbindet, ab, sondern was sich von selbst versteht, das soll der Richter, wenn über den Contrakt Streit entsteht, ex aequo et bono und nach der Natur des Contrakts auslegen. Sonst hält man ihm jenes vor: Tu non ex bono et aequo, sed ex bove et equo judicasti. Das war freylich ein wesentlicher Unterschied bey den Römern. Denn es ist ganz etwas anders, wenn der Richter bey einem Contrakte, der ihm vorkömmt, auf die Billigkeit sehen und darnach den Contrakt auslegen kann, als wenn er nicht auf die Billigkeit sehen darf, sondern blos an die Verba expressa sich halten muß, und das, was sonst billig wäre, und sich von selbst verstehen läßt, also auch bona fide von einem ausgelassen worden, doch nicht ergänzen kann. Woraus sogleich ersichtlich ist, was heut zu Tage von der Distinction zu halten ist, ob es nämlich auch noch solche Contractus stricti Juris gebe? Antw. Nein, sondern heut zu Tage sind alle Contractus bonae fidei, wie es Gundling in einer besondern Dissertatione de Vsu practico Institutionum in Contractibus bonae fidei et stricti Juris dargethan hat. Heut zu Tage kann man alle Contractus, die in Gerichten vorkommen, nach der Billigkeit beurtheilen, und muß ein Richter auch auf das sehen, was billig ist, und einer dem andern hat nach Billigkeit und nach der natura Contractus versprechen wollen und sollen. Gesetzt auch, daß gleich die contrahirenden Theile verabredet hätten, schriftlich den Vertrag einzugehen, so wird doch bey diesen literis Interpretatio ex aequitate heut zu Tage gebraucht. Das ist ein klares Anzeigen, daß heut zu Tage alle Contractus bonae fidei sind. Es hat auch Grund, denn es kann doch einer leicht aus Unbedachtsamkeit etwas versehen, und eben, was sich von selbst versteht, nicht ausdrücken. Da wäre es unbillig, daß der Richter solches, wenn er es erkennte, nicht sollte nach dem Mente et sensu con-

trahentium ergänzen dürfen. Andere hingegen behaupten das Gegentheil, daß nämlich noch heut zu Tage der Unterschied genau beobachtet werde. Carpzov aber sagt: er habe niemals von einem Richter, welcher diesen Unterschied beobachtet hätte, das geringste gehört.

Man darf nur den Reichsabschied von 1600 ansehen, so wird man finden, daß die Vsurae ex mora einem Creditori zugesprochen worden, wenn auch gleich nichts darüber wäre abgeredet worden. Dieser Abschied ist blos gegen diejenigen Doktores, welche gedachte Distinction bey uns einführen wollten, und daher bey dem Darlehen keine Vsuras zugegeben, als wenn man sich dieselben ausdrücklich versprechen lassen, gemacht worden, weil es unsern Gewohnheiten nicht gemäß gewesen, und die Teutschen es für unbillig hielten, da es sich von selbst verstünde, und nicht an dem wäre, was die Römer behauptet haben, daß das Mutuum in se gratuitum sey. Denn wem ich den Gebrauch meines Geldes einräume, dem räume ich ihn deswegen nicht unentgeltlich ein, sondern da er einen Vortheil mit meinem Gelde macht, so ist billig, daß er mir auch nach Verhältnis etwas davon abgebe, welches die Vsurae sind. Zudem kann nicht leicht mehr ein Contractus stricti Juris bey uns vorkommen. Denn bey uns fallen die Solennitäten, welche die Römer bey ihren Stipulationen hatten, weg, und sind die Pacta nuda so gültig, als die Stipulationes. Was bey uns in foro vorkömmt, sind meistentheils Pacta, und keine Stipulationes, und sind es auch Stipulationes, so sieht man dabey nicht auf die Solennitäten, wie die Römer gethan haben, da wir auch keinen Judicem Pedaneum Formularium mehr haben, sondern unsere Judices Judex Pedaneus und Prätor zugleich sind.

§. 5.

Hierauf kommen wir auf eine andre Eintheilung der Contractuum in *Vnilaterales* et *Bilaterales*. *Vnilaterales* Contractus heissen diejenigen, woraus nur ein Theil der Contrahentium verbunden ist, z. B. bey Stipulationen, denn die lautet so: willst du mir dein Pferd für 100 Rthlr. lassen, und der antwortet darauf: ja, ich will es dir für 100 Rthlr. lassen, so heißt solches nach dem Jure Romano Stipulatio, denn da wird nur der Promissor verbunden, der Stipulator aber nicht. Daher heißt es ein Contractus Vnilateralis. Hingegen giebt es auch Contractus bilaterales, aus welchen beyde Contrahenten obligirt werden, dahin z. B. Emtio Venditio, Locatio Conductio gehören, denn da wird der Emtor ad pretium solvendum, der Venditor ad rem tradendam, der Locator ad rem locatam tradendam, der

Con-

Conductor ad Locarium solvendum, obligirt. Daher heißt dieser Contractus dipleuros, und jener monopleuros.

Bey Contractibus bilateralibus kann man auch wieder einen Unterschied bemerken. Nämlich, wenn ein solcher Contractus bilateralis eingegangen wird, so ist entweder von Anfange gleich ein jeder von den Contrahenten obligirt, oder es wird nur einer von ihnen zufälligerweise verbunden. Z. B. in Emtione Venditione, Locatione Conductione sind gleich Anfangs beyde obligirt, deswegen heißt auch der Contractus bilateralis, und die Obligatio ab utraque parte ist constans und von Anfange des Contracts vorhanden, denn sogleich, als der Contrakt zu Stande gekommen, ist der Emtor ad Solvendum, der Venditor ad rem tradendam obligirt. Es giebt aber auch Contractus, da ex accidenti noch eine Obligatio hinzukömmt, die von Anfange nicht da war, z. B. im Contractu commodati. In Contractu commodati ist der Commodatarius principaliter obligirt ad rem commodatam in specie restituendam. Nun kann aber geschehen, daß der Commodatarius viel auf die rem commodatam verwendet hat, und viel verwenden müssen, wenn er die Sache hat wollen restituiren können. Z. B. es hat einer ein Pferd von dem andern gelehnt bekommen, das wird ihm unvermuthet krank, jedoch ohne sein Verschulden. Er muß viel auf Arzney aufwenden, so kann er dem Commodanti eine Rechnung machen. Hier wird der Commodans nicht gleich obligirt, sondern es geschieht ex accidenti. Diese Obligatio nun, welche ex accidenti hinzukömmt, heißt minus principalis, und ist nicht constans. Man hat diesen Unterschied wegen der Distinktion der Actionum in directas et contrarias nöthig, denn Actio directa heißt, die aus einer Obligatione Principali fließt, Contraria aber, die aus einer Obligatione minus Principali, seu non constanti fließt, daher bey den Contractibus bilateralibus, wo nicht von Anfange gleich beyde Contrahentes obligirt sind, allemal Actio directa und contraria statt haben. Hingegen bey den Contractibus unilateralibus nicht. Eben deswegen finden auch bey den quasi Contractibus diese Actiones statt, der Pupill z. B. ist directe oder principaliter seinem Tutori nicht obligirt, sondern nur secundario, oder ex accidenti. Der Tutor aber ist seinem Pupillen principaliter und constanter obligirt, die Tutel getreulich zu führen, auch alles Empfangene zu restituiren. Allein der Pupill ist dem Tutori nur obligirt, wenn er etwa seinetwegen, oder Occasione der Tutel Schaden gehabt hätte, oder Unkosten verwenden müssen. Man hat daher zwey Regeln, nämlich: 1) In welchem Contrakte beyde Contrahenten gleich Anfangs und absichtlich verbunden werden, haben die beyde die Actionem utrinque directam, 2) wird aber nur einer anfänglich

lich und absichtlich, der andre aber nicht, ausser nachher und zufällig verbunden, so stehet gegen jenen Actio directa, gegen diesen aber contraria zu.

§. 6.

Bey allen Contractibus hat man 1) auf die contrahirenden Personen, 2) auf den Gegenstand des Vertrags, 3) auf die Art und Weise des Vertrags, 4) auf die daher fließende Verbindlichkeit, und 5) auf die daraus entstehende Klage zu sehen. Doch das bedarf keiner Erklärung, denn es ist eine blose Eintheilung. Das ist aber noch hiebey zu bemerken, daß die Sache, über die man contrahirt, dem Contrahenten eigenthümlich zustehen muß. Doch lassen einige Contractus auch rem alienam zu. Res propria wird nur in dem Falle erfordert, wo Jus in Re übergehen solle, denn das kann keiner als der Eigenthümer übertragen. Ein andres ist es, wo nur ein Jus ad Rem transferirt werden soll, das kann auch ein non Dominus transferiren. Z. B. Es kann einer eine Sache, wovon er nur den Nießbrauch hat, auch wieder einem andern vermiethen. Der transferirt aber ein bloses Jus ad Rem auf ihn, denn der Vsusfructus als Jus in Re ist nicht genießbar, wohl aber kann das Exercitium, welches in perceptione fructuum besteht, an einen andern verpachtet werden. In solchem Falle contrahirt man allerdings über eine fremde Sache. Ueberhaupt kann man sagen, daß einige Contrakte allerdings eine fremde Sache zulassen, in sofern dadurch der Contrakt gültig wird und auch erfüllt werden kann. Dieses geschieht aber, wo weder das Eigenthum, noch ein andres dingliches Recht übertragen werden solle, z. B. ein Mieth- Anlehen- Verwahrungscontrakt. In solchen Fällen kann der aus dem Contrakte entstehenden Klage die Einrede, daß es eine fremde Sache sey, nicht entgegen gehalten werden. Sobald aber in einem Vertrage das Eigenthum nothwendig übergehen muß, kann eine fremde Sache nicht gebraucht werden. Die Klage, welche ex Contractibus entsteht, kann man auch leicht bestimmen. Sie fließt ex Jure ad Rem, oder aus der Verbindlichkeit, und geht allein gegen den, der mit uns contrahirt hat, ist also Actio personalis, gleichwie im Gegentheil ex Jure in Re Actio Realis entsteht. Was also die Actiones Personales überhaupt für eine Eigenschaft haben, die haben auch die Actiones ex Contractu. So lange z. B. Traditio beym Kaufe noch nicht erfolgt ist, so hat der Käufer ad Rem emtam venditam ein bloses Jus ad Rem. Kömmt die Sache während der Zeit an einen andern, so kann er sich an einen dritten Besitzer nicht halten, denn qualitas einer actionis personalis besteht nicht darinn, daß ich mich an einen jeden Possessorem halten kann, sondern nur darinn, daß sie auf denjenigen geht, der uns aus einem Vertrage, oder aber einem Verbrechen

brechen verbunden ist, nicht gegen einen dritten Besitzer. Hingegen Actio realis steht gegen einen jeden Besitzer der Sache zu, denn es ist allemal eine Vindicatio rei dabey, da es heißt: Vbi rem meam invenio, ibi vindico. Darum auch, wenn bey einem Contrakte Traditio hinzugekommen, und dadurch das Jus in Re transferirt worden ist, so erhält man zugleich auch durch das Jus in Re eine Actionem Realem. Wenn nach der Emtione Venditione perfecta vom Verkäufer die Sache dem Käufer tradirt worden, so erhält derselbe dadurch sogleich ein Jus in Re, mithin auch Actionem Realem, und mit dieser kann er sich an einen jeden Besitzer dieser Sache halten, da er sich erst Actione sua personali nur an seinen Verkäufer und sonst an Niemand halten konnte, weil ihm sonst Niemand, als derselbe obligirt war, indem er seine Obligatio durch den Contrakt sich zugezogen, und sonst mit Niemand, als mit dem Verkäufer, eingelassen hatte.

§. 7.

Zu der aus dem Vertrage fließenden Verbindlichkeit gehört auch die Schadensersetzung. Der Schaden erfolgt aber entweder aus Bosheit, dolo, oder aus Nachläßigkeit, culpa, oder von Ungefähr, casu. Was man nämlich per Contractus verspricht, das geht nicht nur blos auf praestationem rerum, oder factorum, sondern es geht auch auf die Ersetzung des Schadens, den man zugefügt hat. Der Schade nun ist verschieden. Er wird entweder dolo, oder culpa zugefügt, und letzteres hat gradus. Denn die Culpa wird in latam, levem et levissimam eingetheilt.

§. 8.

Dolus ist nichts anders als der Vorsatz, den Andern zu beleidigen, oder wenn man das Wort für die Beleidigung selbst nimmt, objective nämlich, so ist er die dem Andern aus Vorsatz zugefügte Beleidigung. Z. B. ich miethe von einem ein Pferd, und reite dasselbe vorsetzlicher Weise zu todt, so ist der Vorsatz, wodurch ich einem Schaden thue, dolus. Und zwar heißt derselbe *malus*, im Gegensatz gegen den bonum, welcher eine Verstellung zur Verwahrung seiner Befugnisse, nicht aber ein Betrug des Andern ist, wohin Stratagemata bellica et Cautelae Advocatorum licitae gehören, wovon Struv in einer Disp. de Dolo bono Advoc. mit mehrerm gehandelt hat.

Z. B. Ich habe einen morosum debitorem, der mir Jahr und Tag schuldig ist, kann aber nichts von ihm bekommen. Weil es nun blos 12 Rthlr. belangt, will ich ihn nicht allererst belangen, sondern als ich einsmal verreise, borge

borge ich von ihm einen Koffer. Dieser denket, ich habe die Schuld bey ihm vergessen und giebt mir denselben ganz gerne. Als er aber ihn wieder verlangt, so fordre ich vorher meine 12 Rthlr., das ist dolus bonus, der in Praxi angeht. Everh. Otto hat de Dolo bono wohl geschrieben. Der Dolus hat bey den Römern in keinem Contrakte ungestraft begangen werden dürfen, dergestalt, daß obgleich de dolo nichts verabredet worden, doch selbst in Contractibus stricti Juris der Dolus nicht gegolten hat, sondern dagegen hatte Actio doli, welche der Prätor Gallus Aquilius, und Exceptio Doli, die Cassius eingeführt hat, statt. Denn der Dolus hebt den Consensum auf, ohne Einwilligung aber kann kein Contrakt bestehen. Daher heißt es eben: Dolus in omnibus omnino Contractibus *praestari* debet, d. i. man muß den daraus entstandenen Schaden ersetzen, ja nach der gemeinen Meynung hebt der Dolus, welcher den ganzen Contractum veranlaßt hat, den Contractum ganz auf, oder Dolus Contractui causam dans Contractum ipso Jure nullum reddit. Wenn z. B. einen ein Juwelier falsche Juwelen zu kaufen bewogen hat, wegen zufälligen Betrugs aber wird auf das Interesse geklagt, so, als wenn einer zu einem Juwelier von selbst gegangen, und er ihn im Kaufe betrügt. Gleichwie aber jene Distinctio, die Contractus b. f. et stricti Juris voraussetzt, also fällt sie, so wie diese, weg, und kann man in allen Fällen die Nichtigkeitsklage anstellen. Noodt hat weitläuftig hievon gehandelt in Tract. de forma emend. doli mali. Pactum vero, ne Dolus praestetur, nempe in futurum committendus, hat nicht statt. Denn es würde zu Verbrechen Gelegenheit geben, wenn man dem Andern verspräche, es nachzusehen, wenn er gleich dolose handeln sollte. Allein, wenn einer wirklich einen Dolum verübt hat, so hindert nichts, daß man nicht darüber paciscren könnte. Hingegen kann der begangene Dolus nachgesehen werden. Das giebt nicht Gelegenheit ad delinquendum, sondern man vergleicht sich blos über den Schaden, der einem dolo alterius ist zugefügt worden, und nun von ihm soll ersetzt werden. Dolum praestare heißt also, den Schaden, den man dem Andern durch Betrug zugefüget, wieder gut machen. Man hat noch hiebey zu unterscheiden, ob nicht von beyden Theilen ein Dolus begangen worden ist. Denn alsdann wird er gegen einander aufgehoben, wobey jedoch auf quantitatem zu sehen ist. Hat der Eine den Andern mehr beschädiget, so wird nach Verhältnis compensirt.

§. 9.

Culpa wird genommen, entweder für den Schaden selbst, oder aber selbst für den Grund, woraus diese fließt. Wenn sie für die Beschädigung genommen wird,

wird, so heißt es diejenige, die aus einer Nachläßigkeit, oder ignorantia vincibili und defectu attentionis herrühret, wird sie aber pro ipso principio genommen, so heißt es selbst die Ignorantia vincibilis und der Defectus Attentionis, woraus die Beschädigung entstanden ist. Z. B. es lehnt mir einer sein Pferd, und ich gebe nicht Acht darauf, daß darüber das Pferd gestohlen wird, so wird mir Nachläßigkeit Schuld gegeben, denn dolose habe ich das Pferd nicht weggebracht, hingegen aber kann man auch nicht sagen, daß es Casu fortuito geschehen seye, sondern es ist mir dabey etwas zu imputiren, was mir aber dabey zu imputiren, das kömmt von einer Ignorantia vincibili, oder von einem Defectu attentionis, der ebenfalls vincibilis ist, her. Z. B. wenn ich einen Vorbeygehenden des Nachts begiesse, so kann ich nicht sagen: ich habe nicht gewußt, daß er vorbeygehe, und mich mit der Unwissenheit entschuldigen, das ist Ignorantia vincibilis. Denn hätte ich gerufen, so hätte er sich in Acht nehmen und ich auch wohl erfahren können, daß Jemand vorbeygeht. Also *wäre seine* Unwissenheit zu überwinden gewesen. Diese Culpa heißt eben auch *daher auf* teutsch eine Unachtsamkeit, in so weit sie nämlich aus einem Mangel der Aufmerksamkeit entsteht. Sie heißt aber auch eine Nachläßigkeit und Fahrläßigkeit, in so weit man nämlich unterlassen hat, zu erforschen, ob ein Schade zu befürchten oder nicht, als wodurch man hätte erfahren können, ob eine Laesio zu befürchten sey, oder nicht.

§. 10.

Die Culpa wird in *Latam*, *Levem* et *Levissimam* eingetheilt. Da fragt es sich: was ist der Grund dieser Abtheilung? Antw. Eine jede Culpa setzt einen Zufall, in so weit derselbe heißt, was gegen eines Vermuthen geschieht, voraus. Denn die Laesio, welche ex Culpa herrührt, trägt sich praeter Opinionem laedentis zu, und rühret davon her, daß ihm kein Dolus beygemessen werden kann. Man muß aber wohl merken, daß nicht jeder Zufall ein bloses Ungefähr sey. Manchmal hat ein Zufall keinen Grund in eines Menschen Handlung. Allein die Culpa setzt einen solchen Zufall, der in eines Menschen Handlung seinen Grund hat, obgleich keinen Vorsatz, voraus. Dieser Casus nun ist verschieden. Die Juristen distinguiren ihn in Casum solitum, insolitum et insolitissimum. Casus solitus heißt, in welchem sich der Schade gewöhnlicher Weise zuträgt, Insolitus, in welchem er sich nur unterweilen, oder ausserordentlicher Weise zuträgt, Insolitissimus aber, in welchem er sich selten zuträgt. Daher muß auch freylich Culpa verschieden seyn. Denn das Versehen kann vorgegangen seyn, entweder in Casu Laesionis solito, oder insolito, oder auch insolitissimo. Wenn sich nun in einem Casu eine Laesio gewöhnlich

zuträgt, so ist nichts leichter, als sie vorher zu sehen, und ihr vorzukommen, da supponirt wird, daß man ihr vorkommen kann. Denn wenn ich sie vorher sehen kann, so kann ich ihr auch am allerleichtesten vorkommen. Von dem Unterschied der Culpa lata levis und leviſſima ist schon Th. I. S. 89 das nöthige angemerkt worden.

§. 11.

Was ist aber davon zu halten, daß in Jure Culpa lata dolo gleich gehalten wird? Antw. Es hat dieses nur alsdann statt, so oft auf eine Schadensersetzung in Ansehung des Vermögens geklagt wird, nicht aber bey Verbrechen. Denn wenn der Depositarius per dolum oder latam culpam die Sache ab Handen kommen läßt, so muß er sie doch bezahlen. Wenn es demnach auch gleich heißt in den Gesetzen, daß in einem Casu nur dolus prästirt werden soll, die Rede hingegen von Ersetzung des Schadens in einem Contrakte ist, so wird die particula duntaxat nicht so genommen, daß dadurch die Culpa ausgeschlossen würde, sondern da wird sub dolo auch Culpa lata begriffen. Allein in Criminalibus kömmt es auf die Bestrafung an, da kann keine Culpa gestraft werden, wie der Dolus. Poena Capitalis erfordert allezeit einen Dolum. Z. B. in homicidio wird das Homicidium dolosum allein poena capitali bestraft, hingegen das Homicidium, so ex Culpa herrührt, oder culposum heißt, wird poena minori, nempe fustigatione, oder überhaupt extraordinaria bestraft, weil der Dolus und Culpa nicht gleich bestraft werden können. Z. B. wenn die Tochter beym Vater geschlafen, und meynt, sie thue recht, und halte sich nach dem vierten Gebot, weil es der Vater so haben wollen.

§. 12.

Culpa levis heißt ein Versehen in Casu laesionis insolito. Casus laesionis insolitus ist, in welchem nur unterweilen die Läsion sich zuträgt, wo man sich also den Schaden nicht so leicht vorstellen und ihm vorkommen kann, als wie in Casu solito. Daher, wenn man ihm auch nicht vorkömmt, so ist die Nachläßigkeit nicht so groß, sondern es ist negligentia minor. Im erstern Falle erfordert es schon diligentiam quandam majorem, denn es ist schon etwas größeres, wenn man in dem Falle, wo sich nur unterweilen ein Schaden zuträgt, aufmerksam zu seyn sich angewöhnen soll, als in dem erstern. In dem Falle sehen auch nicht alle die Läsion vorher. Es erfordert schon mehr Nachdenken, als in dem erstern. Daher ist nun auch diese Culpa minor, als die, so in Casu Laesionis solito begangen wird, und heißt deßwegen Culpa levis.

und

und der Fleiß, welcher in praecavenda Laesione, wie hier erfordert wird, heißt diligentia media. Es ist also hier die Negligentia nicht so groß, als wie im erstern Casu, und heißt daher auch negligentia media. Z. B. Es hat einer bey einem Handelsmanne Hüte deponirt, der Handelsmann als der Depositarius legt diese Hüte in ein Gewölbe, wo er zwar wohl weiß, daß Mäuse sind, aber sie haben ihm bisher nichts angegriffen, so traut er. Nun trägt sichs aber zu, daß die Mäuse die Hüte angreifen, und der Deponens will sich an den Depositarium halten, so fragt sichs, ob ihm der Depositarius gehalten ist ad Culpam praestandam? Antw. In dem Casu wird a Depositario weiter nichts gefordert, als Culpa lata, der Deponent, sagt er, versire in Culpa lata, weil er die Hüte an einen solchen Ort hingelegt, wo er gewußt hätte, daß Mäuse wären. Er aber sagt, das ist nicht Casus Laesionis solitus, sondern insolitus, das trägt sich nur unterweilen zu, daß wo Mäuse sind, sie die *Waaren* angreifen, denn wo Mäuse sind, da greifen sie auch die Bücher *an, unterdessen* geschieht es nur unterweilen. Man kann es freylich nicht pro Casu rarissimo halten, darum ist es nur ein Casus insolitus. In Casu insolito autem commissa Culpa macht culpam levem aus. Der Depositarius aber, wie wir sehen werden, prästirt nicht culpam levem, drum ist auch der *Depositarius* in diesem Falle zu absolviren. Nun findet man manchmal in Legibus, daß das Vocabulum Culpae indefinite steht, es soll in dem und dem Contrakte Culpa prästirt werden, gleichwie man auch manchmal in Legibus findet, daß von einem Diligentia indefinite erfordert wird, und nicht dabey steht maxima, media, oder minima. Struv meynt, daß ein Unterschied zwischen beyden Fällen sey, daß wenn in Legibus stünde, Diligentia, so sey darunter allemal zu verstehen Culpa levissima, daß einer alsdann allemal gehalten sey ad Culpam levissimam praestandam, von dem nämlich Diligentia erfordert werde. Allein da Diligentia bey der Negligentia vorauszusetzen, indem diese Omissio diligentiae ist, und ex negligentia Culpa entsteht, so folgt, daß man die Gradus diligentiae als wie die Gradus culpae, und die Gradus culpae nach den Gradibus diligentiae und negligentiae beurtheilen muß. Weil er demnach selbst sagt, daß man nur, wenn in Legibus stünde Culpa, levem darunter verstehen müsse, so muß man auch nicht, wenn in Legibus steht, es werde von einem Diligentia erfordert, maximam, sondern nur mediam darunter verstehen, weil ex diligentia media negligentia media, und daher Culpa levis herrühret. Man kann nicht vermuthen, daß die Gesetze von einem Diligentiam maximam, noch auch minimam fordern, sondern im Zweifel vermuthet man das Mittlere, und also einen mittelmäßigen Fleiß, folglich auch Culpam levem. Allein man hat zur nähern Bestimmung des Grundsatzes noch

hinzuzusetzen, wenn man sagt, daß wenn in Gesetzen Culpa unbestimmt vorkömmt, oder kein Gradus dabey bestimmt ist, Culpa levis nur dann darunter zu verstehen sey, wenn nicht ein Gradus Culpae ex ipsa natura negotii sich ergiebt. Denn daraus begreift man eben, warum Culpa in den Gesetzen so oft unbestimmt vorkömmt, weil überflüßig wäre, wo der Gradus Culpae sich ex ipsa natura negotii ergiebt, einen Gradum dazu zu setzen. Manchmal aber wird in einem Gesetze de Culpa indefinite geredet, der Gradus aber ist in andern Gesetzen bestimmt. In solchem Falle muß man also den in andern Gesetzen bestimmten Grad der Culpae unter sonst unbestimmten Culpa verstehen. Struv mit andern bringt die Abhandlung de levi Culpa auf den Fleiß eines Patrisfamilias zurück, so wie er auch in der Folge leviſſimam Culpam eben daher erklärt. Allein es geht nicht wohl an. Denn z. B. von einem Steinschneider, dem man Juwelen zu schneiden gegeben, wird Culpa leviſſima erfordert, wenn er daher nur das geringste dabey versehen hat, was von einem Steinschneider erfordert wird, muß er dafür stehen. Wie will man aber Culpam leviſſimam darnach heraus bringen und sagen, er hat nicht gehandelt, wie der allerbeste Hausvater, das reimt sich nicht. Ferner, wenn ein Schmid, der ein Pferd verschnitten hat, etwas sollte versehen haben, muß er für das geringste Versehen stehen, da fragt sichs, woraus bestimmt man sein geringes Versehen? Das kann man wieder nicht daraus, nämlich aus dem Fleise eines Patrisfamilias, bestimmen. Aber nach unsrer Theorie läßt es sich herausbringen, wenn man nämlich den Casum laesionis solitum, insolitum, auch insolitiſſimum betrachtet und dabey voraussetzt, was ein Schmid verstehen muß. Denn er muß alle Casus zu beurtheilen wissen, die sich bey dergleichen Verschneidung zutragen können, und daher auf alle seinen Bedacht nehmen, also mit der grösten Aufmerksamkeit zu Werke gehen, sonst wenn er auch nur etwas geringes nicht bedacht hat, muß er dafür stehen.

§. 13.

Culpa *leviſſima* ist diejenige, welche in Casu laesionis insolitiſſimo begangen wird, wo es nämlich etwas seltenes ist, daß sich ein Schaden zuträgt. Einen Schaden, der sich selten zuträgt, kann man auch nicht so leicht vorsehen, und ist ihm auch nicht so leicht vorzukommen, als einem andern, der sich gewöhnlich, oder auch nur unterweilen zuträgt. Darum ist hier Diligentia maxima erforderlich. Wenn man einem solchen Schaden zuvorkommen will, so ist die Unterlassung des grösten Fleises die kleinste Nachläßigkeit. Die Culpa nun, die ex ista negligentia entstehet, ist culpa leviſſima. Und daher pflegt man zu sagen, daß hier ein besondrer Fleiß unterlassen worden sey.

Es

Es hat Mevius seinen Knecht beym Sempronio deponirt, oder in seiner Abwesenheit ihm denselben in Verwahrung gegeben, der Knecht stiehlt aber dem Depositario. Das ist etwas ganz ausserordentliches, das sich der Herr nicht vorgestellet hat, da er bisher nichts wahrgenommen, daß ihm der Knecht etwas veruntreuet hätte. Unterdessen wissen andre von ihm, daß er schon vieles weggprakticirt hat, ohne daß der Herr etwas davon weiß. Hätte er also sich recht um den Knecht erkundiget, von was für Eigenschaften er wäre, so hätte er erfahren, daß ihm nicht zu trauen seye. In dem Falle wird ihm nur Culpa levissima beygemessen, weil es nämlich ganz etwas rares ist, daß der Knecht gestohlen, ja sonst wohl niemals geschehen, und trägt sich also die Laesio zu in Casu insolitissimo. So auch, wenn einer z. B. deponirte oder fremde Sachen bey sich gehabt, und sie sind gestohlen worden, jedermann aber weiß, daß der Diebstahl wohl hätte können vermieden werden, wenn der Depositarius des Nachts aufgestanden wäre und nachgesehen hätte, ob alles wohl noch verwahrt seye, so ist Culpa, die ihm imputirt wird, levissima. Denn wenn in dem Falle ein Diebstahl sich zuträgt, so trägt er sich in Casu Laesionis extraordinario, imo rarissimo zu. Denn wenn einer das Haus zuschließt und sonst thut, was er schuldig ist ad Res custodiendas, hat es aber nur in dem einigen versehen, daß er in der Nacht darnach nicht umgesehen, so ist es Omissio diligentiae maximae. Denn es kann freylich einer dadurch einen Schaden verhüten, aber das stellt sich Niemand vor, und hält Niemand für nöthig, weil es etwas rares ist, wenn einer sonst alle Vorsorge gehabt hat, daß er blos um deswillen, daß er des Nachts nicht aufgestanden, Schaden haben sollte. Man betrachte diese Culpam nach dem Fleise eines Haushalters. Ein diligentissimus Paterfamilias schliesset seine Juwelen nicht in einen Kasten, der unten im Hause steht, sondern er thut sie in seinen Kasten, welcher vor seinem Bette steht, damit wenn ja Jemand in die Kammer brechen wollte, er solches alsobald gewahr würde. Hat also einer diesen Fleiß unterlassen, so ist er in Culpa levissima, da er den Fleis nicht gebraucht hat, den der fleißigste Hausvater in seinen Sachen gebraucht. Betrachtet man Culpam levem nach obgedachtem Fleise, so ist richtig, daß ein Hausvater, wenn er nur mäßig klug ist, Sachen, welche die Mäuse gern anzufressen pflegen, nicht blos in die Schlafkammer legt, wo die Mäuse ihre Zähne daran setzen können. Da sagt man also, es hätte einer Culpa levi etwas versehen, denn er hätte die Sachen, z. B. die Leinwand in den Kasten schließen sollen.

§. 14.

Praestationem Culpae, oder die Ersetzung des durch Nachläßigkeit ver-

ursachten Schadens belangend, so giebt Struv Regeln an, wornach man sich zu achten habe. Sie sind aber theils falsch, theils auch allzueingeschränkt. Man muß regulas generales haben, wornach man sich bey der Materie zu achten hat. Das Versehen entsteht aus einer Nachläßigkeit, diese aber setzt einen Fleiß voraus. Und je größerer Fleiß von einem erfordert wird, desto geringer ist die Nachläßigkeit. Aus diesem Grunde ergeben sich nun drey Regeln. Man muß zur bessern Uebersicht die Contractus in gewisse Klassen eintheilen, und hernach bestimmen, was in einer jeden Klasse Contractuum für eine Culpa überhaupt zu prästiren sey. Nun werden alle Kontrakte zum Nutzen der Kontrahenten eingegangen, daher fragt es sich, auf wie vielerley Art ein Kontrakt zum Nutzen der Kontrahenten gereichen kann. Wir haben jederzeit einen Creditorem und einen Debitorem. Nun befördert der Kontrakt entweder des Gläubigers Nutzen allein, oder des Schuldners Nutzen allein, oder des Gläubigers und Schuldners Nutzen zugleich. Also muß man erstlich diejenigen Kontrakte, welche des Creditoris Nutzen allein befördern, seu unius Contrahentium et quidem dantis in Betracht nehmen, und sehen, was allda für eine Culpa zu prästiren ist. Wenn ein Kontrakt des Creditoris Nutzen allein befördert, so ist billig, daß er den grösten Fleiß anwende, und zu verhüten suche, daß der Debitor nicht zu Schaden komme. Wer aber den grösten Fleiß anwenden muß, muß auch pro negligentia minima stehen, und daher culpam leviſſimam prästiren. Also muß der Creditor, wenn er allein Nutzen vom Kontrakt hat, culpam leviſſimam prästiren, hingegen der Debitor prästirt culpam latam, denn durch ihn wird alsdann dem Creditori eine Gefälligkeit erwiesen. Wer aber dem andern eine Gefälligkeit erweiset, der kann zu weiter nichts angehalten werden, als daß er selbst durch die Gefälligkeit nicht dolose an ihm handelt, das ist genug. Denn mehr kann ihm nicht aufgebürdet werden. Das wäre gegen die Dankbarkeit, die ihm der andere wegen der erwiesenen Gefälligkeit schuldig ist. Denn wenn er sonst noch so viele Mühe davon haben sollte, unterließ er es, und gieng das Geschäft mit ihm nicht ein. Da er ihm also eine Wohlthat erweißt, mag er nur dagegen zufrieden seyn, daß er nur aufrichtig dabey handelt, und keinen Dolum darunter hat. Aber eben deswegen, weil in Contractibus Dolus und lata Culpa gleichgehalten werden, muß der Debitor hier, wenn er Dolum prästiren muß, auch gehalten seyn, Culpam latam zugleich zu prästiren. So verhält es sich umgekehrt, wenn der Kontrakt des Debitoris Nutzen allein befördert. Denn da erweißt ihm der Creditor ein Beneficium, mithin muß der Debitor Culpam leviſſimam prästiren, der Creditor hingegen prästirt nur Culpam latam et Dolum. Nun aber ist noch der dritte Fall vorhanden, in dem muß also etwas anders statt finden,

finden, da nämlich der Kontrakt des Creditoris und Debitoris Nutzen zugleich befördert. Wie wir demnach in den zwey andern Klassen Culpam latam und leviſſimam haben, alſo bleibt nichts übrig, als daß hier beyde Culpam levem präſtiren. Denn gewöhnlich bleibt man bey der Mitte, und die iſt Culpa levis. Dieſe Regeln ſind durch Exempel zu erläutern, damit die Richtigkeit derſelben noch deutlicher werde. In Contractu Depoſiti iſt Creditor der Deponent, Debitor der Depoſitarius. Der Kontrakt nützt allein den Deponenten, denn der Depoſitarius hat keinen Vortheil davon, folglich präſtirt der Depoſitarius Dolum und latam Culpam, der Deponent hingegen Culpam leviſſimam. Z. B. wenn einer bey dem andern ein Pferd deponirt hat, welches rotzig iſt, und das ſteckt des Depoſitarii Pferde an, ſo muß der Deponent dabey Culpam leviſſimam präſtiren. Hingegen wenn nur Culpa levi des Depoſitarii in Anſehung der verwahrten Sache ein Schaden ſich zugetragen hat, ſo präſtirt er denſelben nicht, weil er blos gehalten iſt ad Culpam latam praeſtandam et ad Dolum. *Man nehme* ferner den Contractum Commodati. Auch dieſer befördert allein *den* Nutzen des Commodatarii, nicht aber des Commodantis, denn es iſt ein Contractus gratuitus. Vermöge der Regel hieß es demnach alſo: wenn der Commodatarius Schaden, auch nur Culpa leviſſima zugefügt hat, ſo muß *er ſie* präſtiren, hingegen der Commodans ſteht nur pro damnis Culpa lata et Dolo datis, denn er erweißt dem Commodatario einen großen Liebesdienſt. In Anſehung deſſen muß auch der Commodatarius etwas nachſehen, und muß er nicht die gröſte Mühe verlangen, die der Deponens und Commodans hätten anwenden können. Daher, da man von dem Commodanten nicht den gröſten Fleiß in Verhütung der Beſchädigung fordern kann, ſo ſteht er auch nur pro maxima negligentia, und präſtirt nur Culpam latam. Wie man hingegen von dem Commodatario wegen des Liebesdienſtes, der ihm durch den Commodanten erwieſen wird, den allergröſten Fleiß fordert, alſo muß er auch pro negligentia minima ſtehen. Wer aber pro negligentia minima ſtehen muß, der präſtirt Culpam leviſſimam, gleichwie im Gegentheil von dem Depoſitario nur der geringſte Fleiß in Anſehung des Liebesdienſtes, den er dem Deponenten erweißt, gefordert werden kann, darum braucht er nur pro negligentia maxima zu ſtehen, folglich präſtirt er auch nur Culpam latam. Endlich iſt noch die dritte Regel übrig, da es heißt: wenn der Kontrakt des Debitoris und Creditoris Nutzen zugleich befördert, ſo präſtirt ein jeder dem andern nur Culpam levem. Man nehme den Contractum Societatis. Der Contractus Societatis iſt ſo beſchaffen, daß er aller Sociorum Nutzen befördert, daher präſtirt einer dem andern nur Culpam levem. Man kann nicht vermuthen, daß einer von dem Andern den allergröſten Fleiß fordert, hingegen

aber

aber ist auch anzunehmen, daß er nicht zufrieden ist, wenn er nur den geringsten Fleiß anwendet, und also wird nur Diligentia media, mithin Praestatio Culpae levis vermuthet, weil Diligentia media der Grund von der Negligentia media ist, und ex negligentia media die Culpa levis entspringt. So ist es auch in andern Contractibus, z. B. in Contractu Locationis Conductionis, da hat sowohl der Locator einen Vortheil von dem Kontrakt, als der Conductor. Man setze ferner den Contractum Pignoris. Er befördert den Nutzen des Creditoris, denn er bekömmt Sicherheit in Ansehung seiner Forderung. Er befördert aber auch den Nutzen des Debitoris, denn dieser bekömmt Geld, weil er ein Pfand zur Sicherheit gegeben. Deswegen prästiren nun beyde wieder einander Culpam levem. Das sind also alle die Regeln, wornach Praestatio Culpae zu bestimmen ist.

Aus Struvens Grund der ersten Regel kann man die übrigen völlig herausbringen, wenn er sagt: quod Dolus solum et huic proxima lata Culpa in Contractu depositi praestetur. Warum? Quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur. Das kann man gleich allgemein so bestimmen: Quicunque Contractus solius Creditoris utilitatem concernit, ille ita est comparatus, ut ex eodem tantum praestetur Culpa lata, neutiquam vero Culpa levis, nedum Culpa levissima, daraus ergeben sich nachdem die zwey andern Regeln von selbst, laut §. 15.

§. 16.

Von der Culpa levissima in commodato giebt es noch besondere Fälle. Z. B. wenn einer eine gewisse Kunst verstehen oder ein Künstler seyn will, und den andern in Ansehung dessen bewegt, daß er mit ihm contrahirt, so ist es zwar ein Contractus Locationis Conductionis operarum, allein der Künstler verspricht Diligentiam maximam, und zwar ohne ausdrückliches Versprechen oder stillschweigend, weil er ein Künstler seyn will. Da er also ad Diligentiam summam gehalten ist, muß er auch pro negligentia minima stehen, wer aber pro negligentia minima stehen muß, muß Culpam levissimam prästiren. Denn sonst, wenn er das nicht weiß zu verhüten, muß er sich für keinen Künstler ausgeben. Eben so, wenn einer ein Geschäft, das summam Diligentiam erfordert, übernommen hat, und er hat es gewußt, so hat er sich auch dazu verstanden, Diligentiam summam anzuwenden, und um so mehr, wenn er sich sollte eingedrungen und dadurch andere, die fleißiger sind, als er, abgehalten haben. Da heißt es denn: Wer sich bey einem Geschäft vorgedrungen hat, muß den grösten Fleiß, und bey dessen Unterlassung auch für die geringste Nachläßigkeit und

den

den daher entstandenen Schaden gut stehen. Denn hätte er nicht diligentiam maximam prästiren wollen, so hätte er es bleiben lassen, und einen andern, der den grösten Fleiß anwenden wollen, zulassen sollen. Daß nun aber in dieser Materie gar vieles auf des Richters Ermessen ankomme, ist, was die Casus particulares anbetrift, wahr. Denn in vorkommenden Fällen muß der Richter allemal aus den Umständen beurtheilen, ob der Casus Laesionis solitus oder insolitus oder insolitissimus ist. Unterdessen wenn er die Fälle beurtheilt hat, so sind doch gewisse Regeln vorhanden, wornach er sein Ermessen bestimmen muß. Hat er wahrgenommen, daß einer etwas in Casu laesionis insolitissimo versehen, und es ist derjenige, der dem andern einen Liebesdienst erwiesen hat, so ist es seinem Ermessen nicht überlassen, denselben ad culpam leviſſimam praestandam anzuhalten oder nicht. Ob nun aber in einem Casu ein Schade sich gewöhnlich zutrage oder selten, das weiß man per notionem claram, und darf nicht wieder bestimmt werden, was das heisse, die Laesio trägt sich gewöhnlich in einem Falle zu. Ueberhaupt kann man wohl sagen, wenn sich in einem Falle ein Schaden gewöhnlich zuträgt, so sind mehr Fälle bekannt, da sich der Schaden zugetragen hat, als wenn sich derselbe in einem vorkommenden Falle selten oder nur unterweilen zuträgt. Allein weiter läßt es sich unmöglich hinaus bestimmen. Freylich kann keiner aus dem Corpore Juris in vorkommenden Fällen beurtheilen, ob eine Laesio sich gewöhnlich zutrage, oder nicht, das hängt von der Beschaffenheit der Geschäfte oder Umstände, die bey Geschäften vorkommen, ab, welche eine große Einsicht in den Zusammenhang der Sachen erfordern. Wie nun daran es öfters bey Richtern fehlt, so muß man sie anweisen, daß sie auf das sehen sollen, was sich gewöhnlich oder selten zuträgt. Woraus dieses ferner erhellet, daß obgleich die drey Gradus Culpae nicht Juris Naturae sind, sie doch mit Recht in den bürgerlichen Gesetzen angenommen und vest gestellet werden. So viel ist gewiß nach der Analogia Juris, daß man nicht in allen Kontrakten für die geringste Nachläßigkeit stehen darf, weil gewöhnlich das mittlere, also hier culpa levis anzunehmen ist. Indessen aber wird doch besonderer Umstände wegen, die wir kurz vorher erwogen, exactissima diligentia erfordert, wenn einer sich besonders dazu verbunden hat, oder gewisse Geschäfte den grösten Fleiß erfordern, da muß derselbe auch beobachtet werden, wenn ich z. B. einem ein Pferd umsonst lehne. Es können aber die verschiedenen Umstände die nämlichen Grade der Nachläßigkeit erhöhen oder vermindern, daß die Nachläßigkeit sich nicht gleich bleibt. Daher einige die culpam latam wieder in latam in specie, latiorem und latissimam eintheilen. Allein wer von der Culpa überhaupt den rechten Begrif hat, kann die Grade leicht bestimmen.

Wenn ein Creditor pignoratitius verpfändete Waaren, z. B. goldene und silberne Borten und Westen unter dem Dache verwahrlich aufbehält, und sie laufen von der Nässe an, so ist es wohl culpa latissima.

§. 17.

Ehe wir auf den Casum fortuitum (Zufall) kommen, ist noch etwas besonders von der Gesellschaft anzumerken. Es wird von singulis Sociis untereinander nur Culpa Levis prästirt. Man setze, daß einer von den Sociis in dem Seinigen etwas nachläßig ist, so kann der andre, da er ihn zum Socio angenommen hat, doch nicht mehr Fleiß von ihm fordern, als er in seinen eigenen Sachen zu gebrauchen pflegt, obgleich mehr Fleiß hätte angewandt werden können. Denn hätte er einen größern Fleiß erfordert, der möglich gewesen wäre, so hätte er einen andern Socium annehmen, und mit dem nicht in die Societät treten sollen. Daher wird hier Culpa levis in abstracto, oder derjenige Fleiß, der ihm möglich wäre, und auch von andern, die fleißiger sind in dem ihrigen, wäre prästirt worden, nicht erfordert, sondern es ist hier genug, daß nur der Socius denjenigen Fleiß in Ansehung der Gesellschaftssachen, den er in dem Seinigen anwendet, oder culpam levem in concreto prästirt. Da möchte man aber sagen, es könnte ja einer in communionem bonorum citra suum factum kommen, als wenn ihrer etlichen eine Sache vermacht worden, so wird sie ihnen gemeinschaftlich. Daraus aber, daß sie ihnen gemein wird, folgt, daß ein jeder die Theilung verlangen kann, weil die Communio in Jure für etwas gehässiges geachtet wird. Thut er es nicht, und es ist gleich der andere Consort in dem Seinigen nachläßig, und durch seine Nachläßigkeit sind sowohl seine eigene, als der Societät Sachen zu Grund gegangen, so folgt, daß man ihn zu nichts anhalten kann, als ad illam Culpam levem in concreto, nicht aber ad Culpam levem in abstracto praestandam, oder daß er für den Fleiß auch nur mediocre, der möglich gewesen und von einem andern prästirt worden wäre, der in dem Seinigen selbst fleißiger ist, stehen soll, weil der andre Socius einigermassen in culpa ist, daß er sich nicht einen fleißigern Socium ausgesucht oder doch aus der Gemeinschaft hätte treten sollen. Kürzer noch können diese Regeln so gefaßt werden: 1) Wenn jemand allein Nutzen von einem Geschäft hat, so prästirt er culpam levissimam, 2) wenn er hingegen gar keinen Nutzen hat, nur latam. 3) Haben aber beyde Theile gleichen Nutzen, so prästiren sie einander culpam levem. Eine Ausnahme machen solche Kontrakte, bey denen man mehr auf der Person Geschicklichkeit, als auf die Sachen Rücksicht genommen hat. Hier bringts die Natur der Sache mit, daß culpa levissima prästirt wird.

§. 18.

§. 18.

Casus fortuitus ist eine Begebenheit, wodurch sich ein Schaden zuträgt, den man nicht vorher hat sehen, oder dem man nicht hat vorkommen können, wenn man ihn auch gleich vorher gesehen hätte. Z. B. wenn die Heuschrecken auf dem Felde großen Schaden thun, wie es vor einigen Jahren in Schlesien geschehen ist, so hat den Schaden niemand vorher sehen können, und wenn man ihn auch vorher gesehen hätte, so hätte man ihm doch nicht leicht können vorkommen. Daher ist solches ein Casus fortuitus, oder ein damnum mere Casuale. Ingleichem, wenn das Gewitter Schaden thut, so ist es wieder ein Schade, den man zwar manchmal vorher sehen, ihm aber nicht vorkommen kann. Man kann zwar vorher sehen, ob Schlossen kommen, denn man kann sie in der Luft hören rasseln, unterdessen kann man dem Schaden nicht vorkommen und auf dem Felde das Getraide davor bewahren. Daher ist das wieder ein Casus fortuitus. Hier ist der Grund der Beschädigung in keiner menschlichen Handlung enthalten. Deswegen sagt man auch, daß der Casus fortuitus extra factum hominis sey, wenigstens dessen, dem man einen Schaden beymessen will. Nun sieht man gleich, daß hier weiter keine Imputatio statt findet, weil diese voraussetzt, daß der Grund einer Beschädigung eine freye Handlung gewesen ist.

§. 19.

Da nun der Grund eines Zufalls ausser dem Facto dessen, welchem die Entschädigung zugemuthet wird, enthalten ist, so ist dieses auf vielerley Weise möglich. Es kann der Grund davon entweder in andrer Menschen Handlung, oder in dem Facto der Thiere, welches nicht abgewandt werden kann, oder aber in natürlichen Dingen, deren Wirkung ebenfalls nicht verhindert werden kann, enthalten seyn. Das sind lauter Casus, die sich zutragen können. So ist in eines andern Menschen Facto der Grund des Zufalls beym Diebstahl enthalten. Es wird aber ein solcher Diebstahl vorausgesetzt, den man nicht hat abwenden können. Denn wenn man etwas dabey versehen hat, so gehört derselbe nicht hieher, sondern ad culpam. Jener ist keine Fatalität, sondern vielmehr eine Culpa. Ein Fall, wo der Casus fortuitus seinen Grund in dem Facto der Thiere hat, ist der obige, da z. B. Heuschrecken kommen und alles wegfressen, das kann man nicht abwenden. So gehört auch ad Casum fortuitum der Schade, der sich durch Erdbeben, durch das Ungewitter, oder durch große Fluthen zuträgt. Die Ursache von diesem Schaden ist in äußerlichen natürlichen und unwiderstehlichen Begebenheiten enthalten. Denn denen kann man nicht widerstehen, sondern die muß man handeln lassen, wie es der Lauf der Natur mit sich bringt. Und dies-

ses sind wirkliche Gattungen des Zufalls, sie heissen auch wegen der göttlichen Leitung des Laufs der Natur *vis divina*, Gottes Gewalt, *vis major*, cui resisti nequit. So gehört auch hieher Feindesgewalt, ingleichem Ungerechtigkeit des Richters, wenn einer nämlich durch den Richter unrechtmäßiger Weise aus dem Besitz gesetzt worden ist. Dieser Schaden ist einem Zufall gleich zu achten. Denn der Grund ist wieder nicht in des Beschädigten Handlung, sondern außer ihm enthalten. Eben deswegen wird der Richter einer Ungerechtigkeit beschuldiget.

§. 20.

Wer muß den Casum fortuitum tragen? Gleichwie zu unmöglichen Dingen niemand verbunden werden kann, so muß auch gelten, daß den Zufall der Eigenthümer tragen, und eine Sache ihrem Eigenthümer zu Grund gehen muß. Man kann aber überhaupt sagen: der Casus fortuitus redundire auf den, cui res, circa quam contigit, debetur, oder wem die Sache gebührt, bey welcher sich eine solche Fatalität zuträgt, den trift sie auch. Solchergestalt geht die Regel nicht nur auf diejenigen Fälle, da eine Entschädigung verlangt wird, und eine fremde Sache wirklich einem andern tradirt worden, wenn ich z. B. auf ein Pferd, oder Buch lehne, sondern wo auch die Sache noch bey dem Herrn ist, derselbe aber sie einem andern zu übergeben gehalten.

§. 21.

Wenn also einer eine Heerde Schaafe von Mevius gekauft, Mevius mit der Uebergabe zaudert, währender Zeit aber das Gewitter ein- und die Schaafe todt schlägt, oder ein gekauftes Haus abbrennt, so heißt es: vor der Uebergabe ist der Verkäufer noch Eigenthümer. Da fragt es sich, ob dann dem Verkäufer, da doch der Kauf und Verkauf vollkommen ist, die verkaufte, aber noch nicht übergebene Sache zu Grunde gehe? Antw. Allerdings. Denn sie ist zu Grunde gegangen, und soll dem Käufer ausgeliefert werden, wem aber die Sache ausgeliefert werden muß, der ist für den Herrn zu halten, und also fällt der Schade auf ihn. Denn es ist kein Grund vorhanden, warum er einen andern treffen soll, dem er nicht beyzumessen ist. Es kann niemals ausser dem Herrn der Schade auf einen andern fallen, als dem er zur Last zu legen ist. Denn gleichwie der Herr allen Vortheil von der Sache hat, so muß er alle Incommoda, wohin auch die Schäden gehören, übernehmen. Gesetzt es hätte einer bey dem andern Geld aufgenommen, und dafür ein Kästgen voll Juwelen versetzt, das Kästgen mit Juwelen setzt er in sein Gewölbe, das sehr wohl mit Stangen und dergleichen verwahret ist, so daß er gar nicht vermuthet, daß das

Kästgen

Kästgen ihm da werde weggenommen werden können, und doch weiß ein Dieb den Griff, daß er das Kästgen wegpracticirt. Da fragt es sich, ob der Gläubiger doch noch seine Schuld fordern und nicht der Schuldner sagen könne, er soll es an dem gestohlnen Pfand abgehen lassen? Antw. Nein, denn es ist zufällig, ohne sein Verschulden geschehen, und also fällt der Schade auf den Herrn, und muß derselbe so, wie wenn er den Schaden nicht gelitten hätte, die Schuld dem Gläubiger bezahlen.

§. 22.

Manchmal kommen auch Nebenverträge in Ansehung der Culpae und der Casus vor. In Ansehung der Culpa, daß nichts prästirt werden soll als Dolus, nicht aber Culpa lata, das hängt vom Eigenthümer ab, welches Gesetz er dem Kontrakte hat beyfügen wollen. Wenn der andere nachläßig mit dem Seinigen umgeht, so kömmt es allein auf sein Interesse dabey an. Daher geht es auch an, daß er ihm den Schaden nachsehen kann, der etwa durch seine Nachläßigkeit zugefügt werden sollte. Aber ne dolus praestetur, oder daß man auch für den Betrug nicht gutstehen wolle, das geht nicht an, denn das ist ein Verbrechen, und der Dolus kann nicht ungestraft verbleiben, aber ne culpa praestetur, das geht an. Denn es geschieht ohne Vorsatz, wenn einem eine Culpa schadet, allein bey dem Dolo hat einer eine Absicht, und um dieser Absicht willen ist er überhaupt in dem Staate gefährlich. So geht es nun auch an, daß ein Vertrag bey dem Zufall hinzukommen kann, daß nämlich sich einer entschließt, den Zufall zu übernehmen. Z. B. Titius will dem Mevius sein Haus nicht vermiethen, wo er nicht auch den Casum fortuitum übernimmt. Nun hat er doch das Haus höchst nöthig, und weiß kein so bequemes zu bekommen, so übernimmt er eben, weil es etwas rares ist, Casum fortuitum, da es seyn kann, daß sich keiner jemals zuträgt. Da niemands Interesse darunter versirt, als seines, so ist kein Grund vorhanden, warum es nicht angehen sollte. Gezwungen kann er nicht werden, wenn er aber gutwillig will, so kann es ihm auch nicht verwehret werden. So kann auch Titius von Mevius ein Buch lehnen und dabey sagen, daß er auch Casum fortuitum prästiren wolle. Ausserdem ist doch dabey zu bemerken, was für Casus fortuitos einer dadurch übernommen zu haben erachtet werde, da die Casus fortuiti verschieden, nämlich vel soliti, vel insoliti, vel insolitissimi sind. Die Solitos und Insolitos nun muß derjenige prästiren, der den Casum fortuitum übernommen hat. Denn überhaupt muß er für diejenigen, an welche er wahrscheinlich gedacht hat, gutstehen. Wenn er aber paciscirt, und den Casum fortuitum übernommen hat, so ist wahrscheinlich, daß er nur an die Solitos und Insolitos, an die, so sich gewöhnlich und unterweilen nur zutragen, als wie Hagel und dergleichen,

an die Mäuse, die auch großen Schaden thun können, an die Insolitissimos hingegen nicht gedacht habe, als letztenfalls, wenn ein Erdbeben entsteht, oder wenn einer weit von einem Flusse wohnet, daß einem ein solcher Fluß durch Ueberschwemmung Schaden thun sollte. Daß er an dergleichen Insolitissimos Casus gedacht habe, ist nicht zu vermuthen, und deswegen muß er auch hier a praestatione Casus fortuiti frey seyn, ob er gleich denselben übernommen hat.

§. 23.

Dann ist auch ein Unterschied zu machen, wenn die Frage ist, ob Casus fortuitus zu prästiren, ob nicht Dolus oder Culpa denselben veranlaßt habe? Man setze erstlich den Fall, wo Culpa vorangegangen ist, so wird es sich mit dem Dolo hernach desto ehender ergeben. Mevius lehnt dem Sempronius sein Pferd zum spatzierenreiten, dieser aber thut eine Reise mit demselben von etlichen Meilen, kömmt in einen Wald, stößt auf Mörder, die ihm nicht nur alles, was er bey sich hat, abnehmen, sondern ihm auch das Pferd wegnehmen, so kann dieser nicht sagen, es wäre ein Casus fortuitus, den er zu prästiren nicht gehalten wäre. Denn diesen Zufall hat seine Culpa veranlaßt. Es ist in der That kein Casus fortuitus mehr, das ist vielmehr eine Culpa, als Casus fortuitus, und das damnum vielmehr ad culposa, als ad casualia zu rechnen, um so vielmehr also, wenn durch eines Bosheit der Zufall veranlaßt worden seyn sollte, muß auch der Casus prästirt werden, da der Casus, wenn blos ein Versehen dazu Anlaß gegeben hat, prästirt werden muß. Einer schüttet glühende Asche auf einen bretternen Boden, in der Asche sind einige Funken, es entzündet sich nachgehends der Boden und brennt das Haus ab. Da sagen die Doktores, es sey ein Casus mixtus, wo Culpa hominis vorhergeht. Allein es ist kein ungefährer Zufall, sondern eine Culpa. Denn wenn es ein Casus seyn soll, muß weder Culpa noch Dolus dabey seyn. Eben so muß der Casus fortuitus prästirt werden, wenn eine mora Ursache ist. Z. B. in dem vorigen Falle hätte das Gewitter eingeschlagen, und die Schaafe, die der Verkäufer zu übergeben gezaudert hat, getroffen. Sie wären wahrscheinlicherweise nicht getroffen worden, wenn sie in einem andern Hause gewesen wären. Der Käufer hätte sie auch gleich verkaufen können. Hier sieht man also wieder, daß die Mora den Casum fortuitum veranlaßt hat, oder der Grund, daß der Casus fortuitus sich zutragen können, in der Verzögerung enthalten, mithin es eigentlich kein Casus fortuitus, sondern vielmehr ein damnum culposum, wo nicht gar dolosum ist. Daher hat es keinen Zweifel, daß der Schade auf den Verzögerer falle, da es auch überhaupt heißt, daß alle aus Verzögerung entste-

hende

hende Gefahr auf den Verzögernden falle, und zwar zur Strafe der Verzögerung. Es kann sich auch ein solcher nicht beschweren, wenn er Schaden davon hat, er hat sich denselben selbst allein beyzumessen. Freylich aber hat man dabey zu untersuchen, ob er nicht die Sache aus einer gültigen Ursache zurück behalte. Denn wenn ich Jure retentionis eine Sache bey mir habe, und dem Andern nicht verabfolgen lasse, bediene ich mich meines Rechts und bin daher nicht in mora. Das ist also eigentlich kein Fall, der hieher gehört. Man muß auch Acht geben, ob die Sache dennoch zu Grunde gegangen wäre, wenn sie auch gleich verabfolgt worden wäre. Denn es ist gleich viel, wo der Schade sich zugetragen hat, er muß doch allezeit auf den Dominum fallen, indem er da keinem imputirt werden kann, und auch eigentlich nicht a mora herkömmt, da er sich doch sonst würde zugetragen haben. Es ist aber ein Fall, der schwer zu beweisen ist, ausser durch den Eid. Denn es kann ja einer leicht sagen, wenn er die Sache gehabt hätte, hätte er sie verkaufen können, und doch ist es nicht allemal an dem. Daher kann einem darüber der Eid zugeschoben werden. Hätte er sie nicht verkaufen können, so wäre es doch gleich viel gewesen, ob die Sache bey ihm gewesen wäre, oder bey dem andern, wo sie der Casus fortuitus getroffen hat. Z. B. Es wäre ein starker Platzregen gefallen, und hätte die Bücher, die Titius dem Mevius zu restituiren gehalten gewesen ist, stark verdorben, er hat aber in der ganzen Stadt grausamen Schaden gethan, so folgt daraus noch nicht, daß der Schade von der verzögerten Uebergabe herkomme, vielmehr ist zu vermuthen, daß wenn auch die Sache bey ihrem Herrn in der Stadt gewesen wäre, wäre sie ebenfalls zu Grunde gegangen, in dem Falle also muß auch wieder vielmehr der Herr den Schaden tragen, als der Besitzer. Wenn daher die Sache nicht blos schatzungsweise (taxationis gratia), sondern so angeschlagen worden ist, daß man sie wie gekauft besitzet, und statt der Sache auch den Werth ersetzen kann, so schadet der Zufall, durch den diese Sache zu Grunde geht, dem Besitzer, nicht aber dem, der sie jenem gegeben hat. Es wird z. B. einem ein Grundstück zum Heurathgut, und zwar venditionis gratia ästimirt gegeben, so hat diese Aestimation den Erfolg, daß das Dominium transferirt wird. Nun heißt es aber: Res perit suo Domino, ergo etiam perit marito, wenn die Res dotalis immobilis zu Grunde gehen sollte. Es findet dieses alsdann statt, wenn der Debitor ausdrücklich verbunden wird, daß er entweder die Sache, oder den Werth derselben restituiren soll, denn so muß er eines von beyden prästiren, wenn eine Sache zu Grunde gehen sollte. Z. B. Ich lehne dem Titius eine Uhr und sage, wenn dieselbe zu Grunde gehen sollte, so verlange ich 80 Rthlr., oder was sie mich kostet. Da muß mir sodann Titius die Uhr wieder geben, wenn er sie noch hat, oder

aber

aber 80 Rthlr. Anders aber verhält es sich, wenn die Sache aestimato nur taxationis gratia gegeben worden ist. Dadurch wird das Eigenthum nicht übertragen, sondern die Aestimatio geschieht nur darum, daß im Falle der Verschlimmerung der Streit über die Schätzung der Verschlimmerung verhütet werden möchte. Weil also das Dominium nicht übergeht, so fällt auch das Periculum, oder der Casus fortuitus nicht auf ihn, sondern allein auf den Eigenthümer oder den Uebergeber.

Man kann hiebey nachschlagen **Zieglers** Disp. de Casu fortuito, gleichwie bey der Culpa **Nicol. Burgund.** de periculo et culpa in Contractibus, wie auch Bargalium de Dolo und **Burch. Eden** de praestatione Damnorum Culpa casuque factorum. **Fr. Es. Puffendorf** Commentatio de Culpa ist wohl das beste in dieser Materie.

§. 24.

Ignorantia heißt ein Mangel der Erkenntnis überhaupt. Nun aber ist die Unwissenheit, oder auch der Irrthum, weil sie hier überhaupt gebraucht werden, zweyerley, Ignorantia *juris*, vel *Facti*. Denn auch die Erkenntnis ist unterschieden, und hat zu ihrem Gegenstande entweder Facta hominum et naturae oder Jura. Daher giebt es auch eine Ignorantiam und einen Errorem Juris et Facti. Soll nun einer wegen der Unwissenheit oder eines Irrthums Schaden haben, so muß ihm der Irrthum können beygemessen werden. Ignorantia invincibilis aber ist nicht *imputabilis*. Daher kann einem Ignorantia invincibilis nicht schaden, wie Ignorantia vincibilis. Daher schadet auch Ignorantia vincibilis. Ignorantia Juris naturae ist jederzeit vincibilis, und daher imputabilis. Daß einer nicht morden soll, weiß er, wenn er auch gleich den Katechismus nicht gelernet hat. Wenn er sich also in diesem Falle mit der Unwissenheit excusiren wollte, so hilft es ihn nichts. So ist auch ignorantia juris politici vincibilis. Denn von der Verkündigung soll und kann es jedermann wissen. Bey einigen Personen aber wird sie pro invincibili gehalten, z. B. bey Weibspersonen, Minderjährigen, so daß man dabey keine Rücksicht nimmt, ob sie sich bey einem Rechtsgelehrten hätten Raths erholen können, oder den Richter gewußt hätten. So schadet auch nicht, wenn man eines Andern Handlung nicht gewußt hat, weil man nicht verbunden ist, sich um andrer Geschäfte zu bekümmern, ausser es ist dieses besondre Pflicht, wie bey einem Aufseher oder einem Lehrer. Hingegen wird die Ignorantia facti proprii für strafbar gehalten, ausser die Handlung sey schon vor langer Zeit geschehen. Dann sieht mans alten Leuten nach, weil das Gedächtnis auch fehlen

len kann. Es kömmt also hiebey vieles auf das Ermessen des Richters nach den Umständen an. Bey Factis alienis muß auch einer sich von der Unwissenheit eidlich reinigen, wenn Vermuthungen gegen ihn streiten. Sonst wenn ein andrer behauptet, daß er sie gewußt hat, muß jener beweisen. Er kann aber den Haupteid darüber zuschieben, wenn er de Calumnia vorher schwört, weil man vermuthet, daß er des Andern Facta nicht wisse.

§. 25.

Jedoch schadet Ignorantia juris nur quoad lucrum captandum, oder in sofern man dadurch gewinnen will, nicht aber ei, qui certat de damno vitando, sive praecavenda patrimonii diminutione, oder wenn man blos die Abnahme des Seinigen dadurch abhalten will. Man hat nämlich inter Jus praeceptivum und permissivum zu unterscheiden. Wenn man jenes nicht gewußt hat, so schadets, weil jeder Unterthan sich um die Gesetze bekümmern soll. *Beym Jure* permissivo hingegen steht einem frey, etwas zu thun oder zu lassen. *Also* schadet die Unwissenheit des positiven Rechts nur in soweit, als dadurch die Processe abgeschnitten werden.

§. 26.

Aber auch selbst dann, wenn de lucro captando gestritten wird, kömmt es darauf an, ob die Verabfolgung bereits geschehen ist oder nicht, und ersternfalls, ob eine natürliche vollkommene Pflicht vorhanden ist oder nicht. Z. B. Ein Erbe ist befugt, an den Legatis falcidiam abzuziehen. Wenn er nun die Legata ganz auszahlt, und zwar deswillen, weil er nicht weiß, daß er ad quartam falcidiam detrahendam befugt ist, so leidet er den Verlust zur Strafe seiner Rechtsunwissenheit. Denn es soll ein jeder die Rechte verstehen, oder sich wenigstens belehren lassen. Wer nicht aufmerksam ist, wo er einen Vortheil haben kann, der wird darum gebracht, wenn er nämlich den Vortheil hat fahren lassen. Zahlt also der Erbe die völligen Legata aus einer solchen Unwissenheit, so kann er nichts wieder fordern, weil für die Vermächtnisse eine vollkommene Verbindlichkeit obwaltet. Hat hingegen der Sohn seines Vaters Schulden aus Rechtsirrthum bezahlt, er ist aber sein Erbe nicht, so kann er es wieder fordern. Denn er ist weder durch Natur noch bürgerliche Gesetze dazu verbunden. Wenn er hingegen blos etwas versprochen hat, so verhält es sich anders. Wenn der Erbe die Legata ganz zu zahlen versprochen hat, weil er das Benificium nicht gewußt hat, und die Erben kommen auf den bestimmten Tag, er aber klagt, daß er so viel bezahlen müsse, und sein Erbtheil nicht habe, so schadet es ihm nichts, wenn er es gleich versprochen

hat, versatur in Casu rei omittendae. Hier wirkt Obligatio illa plena naturalis keine Klage, wohl aber eine Einrede. Man setze ferner, daß einer ein Kapital bey einem aufgenommen, und ihm 10 pro Cento versprochen, auch wirklich bezahlt hätte, die Zinse wären auch so hoch gewesen, daß er sie nicht abtragen können, sondern stehen lassen, und also Zinse von Zinsen geben müssen, hernach aber ein Andrer käme und sagte, er wäre dazu nicht gehalten gewesen, jener sich also mit der Ignorantia Juris entschuldigte, welche die Zinse in Ansehung ihrer Summe bestimmt und Zinse von Zinsen zu nehmen, verboten hat, so folgt, daß ein solcher alles wieder zurückfordern kann, und ihm nicht vorzuwerfen ist, daß er in Ignorantia Juris gewesen sey. Hier streitet er wider einen Schaden, den er wirklich an seinem Vermögen erlitten hat, die Rechte aber bestrafen Ignorantiam Juris nicht durch Vermögensschmälerung, sondern nur dadurch, daß wenn einer einen Vortheil hätte ziehen können, und ihn propter ignorantiam Juris nicht gezogen, er desselben verlustig wird.

§. 27.

Ignorantia Facti heißt nicht nur, da man facta hominum, sondern auch facta naturae nicht weiß, z. B. daß einer gestorben ist. Ueberhaupt können Facta einem gar leicht unbekannt seyn. Wenn man daher z. B. setzt, daß einer dem andern 100 Rthlr. bezahlt hätte, weil er gemeynt hat, daß er sie ihm schuldig sey, er hat sie ihm aber vorher schon einmal bezahlt, und sich nur dessen nicht besinnt, so hat er aus Unwissenheit etwas gethan. Das ist aber keine Ignorantia Juris, oder eine solche, die daher rührt, daß er sich nicht um die Gesetze bekümmert hat, sondern eine solche, die jedermann widerfahren kann, daß man sich nämlich eines Facti proprii in jungen Jahren nicht besinnt. Also kann er Condictione indebiti, was er hier gegeben hat, wieder fordern, ohne daß ihm die Unwissenheit vorgeworfen werden kann, weil das Gedächtnis trügt.

§. 28.

Ein anders ist, wenn Ignorantia Facti *supina* ist, da einer nicht weiß, was doch jedermann bekannt ist. Diese entschuldigt nicht, sondern ist pro affectata zu halten, heißt auch crassa. Gothofredus von Jena hat zu Frankfurt an der Oder eine wohlverfaßte Dissert. de Ignorantia ans Licht gestellet.

§. 29.

Wie werden die Verträge errichtet? Antw. Da sie freywillig eingegangen werden, so steht es den Kontrahenten frey, wie sie solche eingehen wollen, entweder

entweder unter einer Bedingung, oder mit Hinzusetzung einer gewissen Zeit, oder ohne beydes. Wenn nun die Kontrahenten ohne eine beygesetzte Bedingung oder Zeit contrahiren, so sagt man, sie haben *pure* contrahirt. Z. B. wenn Titius und Nevius in Ansehung des Kaufschillings eines gewissen Buchs einig werden, und es beschränkt keiner seinen Consens auf eine gewisse Zeit, setzt auch keine gewisse Bedingung hinzu, so sagt man, Emtio Venditio sey pure eingegangen worden. Was aber unbedingt (pure) versprochen worden ist, kann sogleich gefordert werden. Denn es ist sogleich die Obligatio vorhanden, ex obligatione aber fließt auf der andern Seite ein Jus petendi. Unterdessen wenn auch einer Jure obligirt ist, und der Andre hat ein Jus petendi, so ist er doch ohne vorhergehendes Anmahnen oder Anfordern noch nicht morosus, und also auch noch nicht, wenn gleich die Conditio, wovon das Wesen der Verbindlichkeit abhängt, existirt. Denn wenn die Obligatio pura noch eine Mahnung erfordert, falls der Debitor in mora solvendi versiren soll, so muß es um so viel mehr noch bey einer Obligatione conditionali statt finden. Die Billigkeit verlangt auch, daß man einem eine kleine Frist gestattet, etwa einen Termin von 10 Tagen anzusetzen pflegt, wenn er pure zu bezahlen verbunden, denn er ist doch manchmal nicht sogleich im Stande zu bezahlen, ob er gleich bezahlen will. Es können einem Menschen vielerley unvermuthete Fälle vorkommen, daß es unbillig wäre, ihn sogleich bis auf den letzten Heller zu exequiren, sondern wenn man ihm Zeit läßt, so kann er die Bezahlung, wie es ihm obliegt, thun. Da ist es dann gewöhnlich, daß man ihm sothane Frist vergönnet, wenn er die Schuld nicht läugnen kann. Ja es kann ihm auch dieserwegen noch eine größere Frist, als zehen Tage, verstattet werden. Darum ist der Termin überhaupt dem richterlichen Ermessen überlassen. Wenn z. B. einer unbedingt auf eine goldene Uhr contrahirt, in der Meynung, sein Wechsel, wie er Briefe erhalten hat, werde in der Woche und also in der Zeit, da er bezahlen soll, gewiß eintreffen, der Wechsel aber kömmt nicht, ja er erhält Nachricht, daß er erst nach etlichen Wochen kommen soll, so kann der Richter die Frist zur Zahlung noch über zehen Tage hinaussetzen, nämlich auf die Zeit, da es dem andern, der bezahlen will, möglich ist.

§. 30.

Der Tag, welcher Kontrakten pflegt beygesetzt zu werden, heißt so viel, als eine bestimmte Zeit. Es ist aber der Dies certus oder incertus. Z. B. Ich verspreche dem Nevius auf künftige Ostern, oder den 15ten Sept. zu bezahlen, so ist hier dem Versprechen ein gewisser Tag beygesetzt. Eine ungewisse Zeit heißt Dies incertus. Z. B. ich sage, wenn du deinen Geburtstag erleben

leben wirst. Der Dies kann nur adjicirt werden vel *per modum termini a quo*, vel per modum *termini ad quem*. Per modum *termini a quo*, wenn ich z. B. sage: über das Jahr will ich den Mevius bezahlen, da wird der Tag beygesetzt per modum termini a quo, und zwar ist es der Fall, da der Tag gewiß kommen wird, aber ungewiß ist, wann er kommen wird, denn die Tage über das Jahr sind gewiß, welcher aber unter ihnen zur Zahlungszeit bestimmt ist, das ist ungewiß gelassen worden. Ist aber der Tag bestimmt, nur sein Erscheinen ungewiß, so ist die Verbindlichkeit zwar schon vollkommen, allein vor der Ankunft dieses Tages und seinem Ablauf kann die Erfüllung nicht gefordert werden. Es ist sehr von einander verschieden, ob eine Zeit die Verbindlichkeit selbst, oder nur ihre Erfüllung verschiebt, weil hier gewiß ist, daß der Tag existiren werde. Denn wenn es heißt, übers Jahr will ich bezahlen, so steht es dem Debitori frey, wann er bezahlen will. Er mag da an einem Tage des Jahrs bezahlen, wann er will, wenn er auch den letzten Tag bezahlt, so bezahlt er doch noch im Jahr. Unterdessen muß er doch bezahlen, und in so weit ist seine Obligatio pura, d. i. sogleich, als das Versprechen geschehen, ist er obligirt, und seine Obligatio nicht suspensa, weil das Jahr gewiß kommen wird, und auch der Tag, nur ist die Erfüllung verschoben, daß der auch pure Obligatus vor dem Jahre oder Tag nicht zur Zahlung angehalten werden kann. Daher auch hier auf die Bezahlung vor Ablauf der bestimmten Zeit nicht geklagt werden kann. Wenn der Promissor noch in der letzten Stunde des Tages bezahlt, so hat er seiner Verbindlichkeit ein Genügen gethan. Denn da bezahlt er doch noch auf den Tag, da er es versprochen hat, und kann also doch nicht vor Verlauf des ganzen Tages oder Jahres belangt werden. Hier heißt es demnach: Dies cessit sed non venit. Heute leihe ich, da heißt es, cedit Dies, auf Martini zu zahlen, venit Dies, wenn Martini verflossen ist.

Hingegen wird der Tag per modum termini ad quem beygesetzt, wenn ich sage, ich verspreche dem Mevius alle Jahre 80 Rthlr. und zwar sechs Jahre lang zu zahlen, so wird hier der Dies per modum termini ad quem angehängt, denn da ist per adjectionem diei blos bestimmt, wie lange die Obligatio dauern soll, und also ist die Obligatio dadurch nicht verschoben, sondern es wird blos durch dieses Termins Daseyn die Fortdauer der Verbindlichkeit aufgehoben. Das ist also in der That ein Tag, der schon eine Verbindlichkeit voraussetzt, wenn aber der Tag vorbey ist, so höret die Obligatio auf, ob es gleich sonst heißt, daß der Tag, oder die Zeit überhaupt keine Obligationem aufhebe. Die Zeit hebt zwar die Obligationem nicht auf, aber

aus

aus dem Vertrag hört sie auf, weil man sich durch das Versprechen nicht länger verbindlich gemacht hat. Wenn daher nach dem Verlaufe noch weiter, als auf die 80 Rthlr. nach den sechs Jahren zu bezahlen geklagt werden will, so findet Exceptio pacti statt. Wenn aber ganz ungewiß, ob und wann der bestimmte Tag erscheinen wird, so wird er für eine Bedingung (conditionem) gehalten. Z. B. wenn ich sage, falls Cajus die Sibylla heurathen wird, so verspreche ich dem Mevius 1000 Rthlr. zu zahlen, da ist das ob ungewiß, ob es geschehen wird, auch das Wann, wann es geschehen wird, ist nicht weniger ungewiß. Also ist hier klar, daß der Dies incertus quoad an et quando so viel als eine Conditio ist, indem eine Conditio ein künftiger ungewisser Zufall ist. Nun wird ja hier ein solcher Zufall, von dessen Daseyn die Verbindlichkeit abhängt, vorausgesetzt. Es kann auch das An ungewiß, das Quando aber gewiß seyn. Z. B. ich sage, wenn Mevius wird mannbar werden, so soll er 1000 Rthlr. haben, das ist ein Promissum Die adjecto *factum*, der Dies adjectus aber ist incertus, jedoch ist der Terminus majorennitatis gewiß. Ob aber einer den Terminum majorennitatis erleben werde, das ist ungewiß. Also ist es ein Dies incertus quoad an, non vero quoad quando. So, wenn ich sage, wenn Mevius meine Schwester nach einem halben Jahre heurathen wird, so soll Lucius tausend Reichsthaler haben, da ist das An wieder ungewiß, das Quando aber ist gewiß. Denn von der Zeit an, da das Versprechen geschieht, kann man das halbe Jahr völlig ausrechnen. Mithin ist wieder eine zukünftige ungewisse Begebenheit vorhanden, von deren Daseyn die Verbindlichkeit abhängt, denn ehe jene existirt, will man nicht obligirt seyn.

§. 31.

Ich habe bereits gesagt, die angehängte Bedingung sey nichts anders, als ein künftiger ungewisser Zufall. Es wird nun aber durch denselben eine Verbindlichkeit verschoben oder wieder aufgehoben. Im erstern Falle heißt sie *suspensiva*, im andern *resolutiva*. Z. B. die Conditio, worinn der ledige Anfall bestehet, falls keine männliche Erben mehr vorhanden, so will ich eine unverziehene Tochter seyn, ist Conditio resolutiva. Denn von der Condition hängt die Resolution der Verbindlichkeit ab, indem filia renunciatrix weiter nicht ex renunciatione obligirt seyn will. Daher ist diese Conditio so beschaffen, daß sie die Renunciation nicht zu einer promissione conditionali macht, sondern überhaupt läßt Conditio resolutiva das promissum purum weg, indem sogleich die Obligation vorhanden, und nur in Ansehung der Dauer der Verbindlichkeit eine Bedingung hinzu kömmt. Was aber Suspensivam anbetrift, so suspendirt dieselbe

be die Verbindlichkeit, welche vor der Erfüllung der Bedingung gar nicht vorhanden ist. Z. B. wenn ich sage, wenn Mevius meine Schwester heurathen wird, so will ich ihr zum Heurathgut 3000 Rthlr. mitgeben. Das ist eine Conditio und zwar suspensiva, denn sie suspendirt die Verbindlichkeit in dem promissore. Ehe Titius seine Schwester heurathet, ist er nicht gehalten, seiner Schwester das Versprochene zu geben, eben daher auch, da vor erfüllter Bedingung keine Verbindlichkeit vorhanden ist, so ist auch klar, daß man indebite bezahlt, was man vor der erfüllten Bedingung bezahlt hat, und daher kann man es auch wieder Condictione indebiti fordern. Solchergestalt fragt es sich, ob denn aus einem solchen Versprechen und pacto conditionali gar keine Obligatio und kein Jus entspringt? Antw. Allerdings, aus einem Pacto conditionali entspringt die Hofnung, es werde durch Erfüllung der Bedingung die Verbindlichkeit entstehen, das ist etwas wichtiges. Man setze den Fall, daß eine Tochter, aber sub Conditione blos zu des Mannsstammes Gunsten renuncirt, und also den Regressum sich reservirt hätte, wenn die Masculi verstorben wären. Da transmittirt sie spem debitum iri auf ihre Nachkömmlinge, wenn man es auch blos für eine bedingungsweise geschehene Entsagung der künftigen Erbfolge halten will. Wenn einer z. B. eine Tochter verheurathet und Kinder vermuthet, also auch den Fall, daß er noch Söhne bekommen könnte, und die Tochter renuncirt, so erhält sie aus diesem Versprechen doch eine spem debitum iri, nämlich, wenn kein Masculus sollte gebohren werden, so hat sie die Hofnung, daß ihr die Erbschaft wieder zufällt, als wenn sie niemals renuncirt hätte. Ob zwar also aus einem Pacto conditionali keine Hauptverbindlichkeit entspringt, so entsteht doch eine andre Obligatio daraus, nämlich den Ausgang der Bedingung zu erwarten, und nichts nachtheiliges vorzunehmen, weil es seyn kann, daß die Conditio existirt, in welchem Falle aus der Verbindlichkeit, den Ausgang zu erwarten, dem andern Theile ein Recht entsteht. Wie daher andre Rechte auf die Erben übertragen werden, so geht auch eine spes debitum iri ad heredes über. Und eben deswegen geht es nicht an, daß derjenige, welcher in Eventum conditionis verbunden werden kann, den Eventum conditionis hindert, denn sonst würde er dem andern ein Jus quaesitum benehmen. Ueberhaupt also, verspricht einer im Vertrag unter einer Bedingung dem andern etwas, so können es die Erben fordern. Die Conditio ist ferner possibilis oder impossibilis. *Possibilis* heißt, deren Daseyn nichts widerspricht, widerspricht aber Natur oder Gesetz, so heißt sie impossibilis. Im erstern Casu heißt sie physice impossibilis, im letztern aber turpis. Was nun beyde Conditiones anbetrift, so können sie *affirmative* oder *negative* beygesetzt werden. Wenn eine Conditio impossibilis affirmative angehängt wird, so ist die Promissio nulla, z. B.

wenn

wenn du mit dem Finger den Himmel anrühren wirst, so will ich dir 1000 Rthlr. geben. Da gilt das Versprechen nicht, denn es ist kein ernsthaftes Versprechen. Wer eine solche Bedingung anhängt, der muß scherzen, oder nicht gescheid seyn. Wenn einer aber nicht vernünftig ist, oder nur scherzt, so ist er auch nicht aus seinem Versprechen verbunden. Verspricht man aber jemand etwas unter einer conditione impossibili negativa, so gilt das Versprechen. Das hat man aber blos von einer verhältnismäßig unmöglichen Bedingung zu verstehen, denn sonst, wenn sie absolute, oder offenbar unmöglich ist, so muß man es wieder für einen Scherz und also Conditionem pro non adjecta, mithin das promissum pro pure facto halten. Was Conditionem turpem anbelangt, wenn dieselbe negative sollte adjicirt worden seyn, so gilt das Versprechen nicht, warum? Antw. Weil es eigentlich keine Bedingung ist, denn wenn ich z. B. zu dem Mevius, welcher dem Sempronius nach dem Leben steht, sagte: wenn du es unterlassen wirst, gebe ich dir 300 Rthlr., da *ist Conditio* turpis negativa adjecta, deswegen aber gilt doch das Versprechen nichts, sondern wenn man ihm die 300 Rthlr. noch nicht gegeben hat, so kann er sie nicht fordern, hat man sie ihm aber gegeben, so kann man sie wieder fordern, weil es zwar löblich und eine Tugend ist, von einem Verbrechen abzustehen, aber um Gewinnst willen es unterlassen, für etwas schändliches zu halten ist.

§. 32.

Bisweilen wird auch eine gewisse Strafe bey Verträgen angehängt. Z. B. Mevius und Cajus gehen einen Kauf miteinander ein, und verabreden, daß wer den Kauf nicht halten sollte, dem andern 300 Rthlr. bezahlen solle. Dieses heißt eine *poena conventionalis*. Wobey die Frage ist, was denn diese poena conventionalis für eine Absicht habe? Antw. keine andere, als das Interesse gewiß zu machen, denn es kann einem daran gelegen seyn, daß der Kontrakt gehalten wird, im widrigen Falle aber das Interesse zu bestimmen, ist etwas beschwerliches. Um also diese schwierige Bestimmung des Interesse zu verhüten, machen sie lieber etwas gewisses aus, was einer auf diesen Fall dem andern bezahlen solle, da hat freylich diese poena conventionalis einen großen Nutzen. Sie heißt auch der Reukauf, und kann willkührlich bestimmt werden, der Anlehenvertrag (mutuum) macht eine Ausnahme, da diese Strafe die Zinse nicht übersteigen darf per L. 15. C. de Vsuris. Auch ist in L. 13. §. 26. de Action. Emt. Vend. klar verordnet: ne venditor in casum non soluti statuto die pretii majorem usuris Poenam stipuletur. Allein da wird poena nicht solutioni pretii, sed poenitentiae beygesetzt.

Man

Man kann hievon Lauterbachs Dissert. de poena conventionali nachsehen.

§. 33.

Endlich kann auch die Bestimmung der Vertragsverbindlichkeit dem Ermessen eines dritten überlassen werden, daß nämlich von selbigem abhängt, ob der Kontrakt existirt oder nicht, als bey der Emtione Venditione kann geschehen, daß einer z. B. bey dem andern um Korn handelt und sie eins werden, damit der Käufer sehen soll, daß der Verkäufer an ihm keinen Nutzen haben wolle, so soll er ihm so viel dafür geben, als ein jeder künftigen Markt dafür bezahlen werde. In diesem Falle ist der Vertrag auf den Ausspruch eines Dritten ausgestellt. Denn was einer auf dem Markt bezahlt, das bezahlt er frey nach seinem Belieben. Noch deutlicher aber wird der Fall, wenn man ihn sich so vorstellt, daß ihrer zwey mit einander einig werden, daß Mevius so viel für die Waaren bezahlen soll, als sie Sempronius schätzen wird, weil er die Sache versteht. Hiebey hat man nun freylich zu unterscheiden, wie der Kontrakt auf den Ausspruch eines Dritten gestellt worden ist. Ist es simpliciter geschehen, und der Tertius ästimirt die Sache unbilligerweise, blos zu Gunst des Käufers, so muß der andre den Kontrakt halten, es mag die Schätzung billig ausfallen oder nicht. Hat er hingegen blos eingewilligt, so und so viel zu bezahlen, als der Tertius für billig erkennen werde, so darf er ihm nichts bezahlen, wenn es eine unbillige Schätzung ist. Vorher, ehe der Tertius die Waare ästimirt, ist noch kein Kontrakt vorhanden, und kann also noch ein jeder zurück- oder abgehen. So bald er aber die Waare ästimirt hat, so bald ist der Kontrakt vorhanden, denn da ist der Werth und die Waare bestimmt. So lange also der Accord hierüber noch nicht richtig ist, so lange hat es auch mit der Emtione Venditione keine Richtigkeit, und kann ein jeder noch abgehen. Mithin auch, wenn der Tertius, auf welchen übereingekommen ist, vorher versterben sollte, ehe er die Sache ästimiren können, oder auch, wenn er sie nicht ästimiren wollte, um sich nicht verhaßt zu machen. Hingegen diese Bestimmung des Käufers Ermessen anheim zu stellen, geht nicht an. Es geht nicht an, daß ich sage, ich verkaufe dem Mevius meine Sache, und es steht bey ihm, wie viel er mir dafür geben will, denn da könnte er etwas dafür geben, das gar kein Verhältnis hätte, und doch soll pretium et merx ein Verhältnis haben. Folglich wäre es so viel, als stünde es bey ihm, den Kontrakt zu halten oder nicht. Denn wenn er ihm auch einen Heller für die Waare anböte, so müßte er damit zufrieden seyn, weil er sagt, ich gebe ihm die Waare und er mag mir dafür geben, was er will, wenn er mir also auch nur einen Heller dafür

zahlt,

zahlt, so müßte ich ihm die Waare dafür abfolgen lassen, also wäre es so viel, als wäre er nicht verbunden, da eine Obligatio necessitatem agendi voraussetzt. Hier aber ist solutio pretii der Willkühr überlassen. Daher ist nicht zu begreifen, was Struv sagt: quod hoc in casu non ipse Contractus et Obligatio, sed determinatio pretii in vendentis aut Emtoris arbitrium sit collata. Wohl aber sagt er mit Recht: quod non obsit contractui, si tantum tempus solvendi in arbitrium promissoris collatum sit, v. gr. dabis, si volueris. Z. B. Ich kann sagen, ich verkaufe dem Mevius für 1000 Rthrl, meinen Garten, es steht aber bey ihm, wenn er mich bezahlen will, da ist die Verbindlichkeit seiner Willkühr nicht überlassen, sondern er ist verbunden. die Auszahlung aber ist seiner Willkühr überlassen. Denn Perfectio Contractus wird nach der Verbindlichkeit und nicht nach der Erfüllung bestimmt.

Drittes Buch

Tit. IV.

De Contractibus propriis iisque nominatis, nec non de realibus in genere, ac in specie de Mutuo.

§. 1.

Was Contractus nominati sind, ist bereits oben beygebracht worden. Es gehören dahin commodatum, mutuum etc.

§. 2.

Die Contractus nominati werden in *reales*, *verbales*, *consensuales* et *literales* eingetheilt. Es hängt diese Eintheilung vom Unterschied der Causae ab, denn die Causa bey allen vier Contractibus nominatis ist unterschieden, von der Causa aber dependirt perfectio Contractus. Daher ist auch in allen vier Arten der Contractuum perfectio verschieden. Man sagt, daß ein Contractus perfectus sey, wenn er eine Verbindlichkeit bewirkt, und heißt insbesondere ein Contractus *realis* derjenige, welcher traditione rei perficirt wird. Durch diesen Contractum realem läßt sich die ganze Lehre von der perfectione Contractuum leicht begreifen. Nämlich bey einem Contractu reali hängt perfectio a traditione rei ab, oder der Kontrakt wird eher nicht für geschlos-

sen'gehalten, als bis die Traditio rei erfolgt ist, vorher ist es z. B. nur ein Pactum de pignore dando, oder einem etwas zu lehnen, es ist aber noch kein Mutuum selbst, noch ein Pignus. Unterdessen kann man freylich heut zu Tage schon aus einem solchen Vertrag agiren, da alle Verträge heut zu Tage wie die Stipulationes bey den Römern verbinden. Es ist zwar bey andern Contractibus, als Consensualibus, auch Traditio nöthig, wenn dadurch ein Eigenthum oder ein anderes Jus in re übertragen werden soll. Allein da gehört Traditio zur Erfüllung des Kontrakts, hier aber gehört sie ad perfectionem. *Consummationem* und *perfectionem Contractus* muß man genau von einander unterscheiden. Denn z. B. in Emtione Venditione, wenn das Eigenthum wirklich übergehen soll, wird Traditio erfordert, vorher aber ist schon durch wechselsweise Einwilligung der Contractus vollkommen worden, und wird also Traditio nur zur Erfüllung erfordert.

§. 3.

Hingegen bey einem Contractu reali wird Traditio ad perfectionem und nicht blos ad consummationem Contractus erfordert, so daß der Contrakt vorher für perfekt nicht zu halten ist, bis diese Traditio geschehen ist. Denn die Causae sind diejenigen Bestimmungen, von welchen Obligatio civilis bey einem Contrakt abhängt. Die positive Verbindlichkeit bey dem Contractu reali hängt von der Traditione rei ab, ehe diese geschehen, ist keine Obligatio civilis vorhanden. Eben daher sieht man, daß dieses dem Recht der Natur nach nicht so ist, sondern alle Verträge Contractus consensuales sind, d. i. solo mutuo Consensu vollkommen zu Stande kommen, und die Traditio nur zur Erfüllung nicht aber zur Vervollkommnung des Contrakts erfordert wird. Z. B. Nach dem Jure naturae ist, wenn ich einem etwas zu lehnen verspreche, und er das Versprechen annimmt, es schon ein Mutuum oder das Pactum de mutuo dando ist selbst das Mutuum. Es ist aus diesem Vertrage eine wechselseitige Verbindlichkeit vorhanden oder es ist der Gläubiger zum Anlehen und dadurch der Schuldner zur Wiedererstattung des Anlehens verbunden.

§. 4.

Unter die Contractus reales gehören Mutuum, Commodatum, Depositum und Pignus. Mutuum heißt derjenige Contractus realis, da man einem den Vsum rei fungibilis, mithin auch facultatem Vsu eandem consumendi einräumt und er also die Sache nicht in specie restituiren darf. Denn es heißt res fungibilis eine solche Sache, welche durch den Gebrauch verzehrt wird, oder deren Substanz aufhört, wenn man sie gebraucht. Nun kann man einem

aber

aber auch eine Sache unter der Bedingung zum Gebrauche geben, daß er ſie in ſpecie wieder reſtituiren ſoll, hingegen aber auch ſo, daß er nur die Quantität, oder das Pretium reſtituiren ſoll. Da heißt denn mutuum, wenn man einem den Gebrauch einer rei fungibilis dergeſtalt einräumt, daß er ſie auch ſoll verbrauchen können. Es lehnt z. B. einer dem andern etliche Scheffel Mehl, und er ſoll dieſelben nach ſechs Monaten wieder geben, da kann man das Mehl nicht brauchen, wo man es nicht verbraucht oder verzehrt. Deswegen iſt das ein Mutuum, weil das Objectum eine res fungibilis iſt, und der Gebrauch davon ſo eingeräumt worden iſt, daß man die Sache nicht in ſpecie, oder individuo reſtituiren darf. Dadurch unterſcheidet ſich das Mutuum von dem Commodato, weil man bey dem Mutuo nur dergleichen, als man empfangen hat, tantundem, wie man ſagt, heimgeben darf. Man ſieht hieraus ſogleich, daß das Mutuum eine Veräuſſerung enthält, obgleich **Salmaſius**, und mit ihm *Viſelius in* Jurisprudentia Antejuſtinianea des **Schultings** das Gegentheil *behauptet haben*. Daß das Mutuum eine Veräuſſerung in ſich enthalte, iſt *daraus klar*, weil das Eigenthum übertragen wird, indem man einem keine Gewalt, eine Sache zu conſumiren, einräumen kann, wo man ihm nicht das Dominium oder eine Facultatem de ipſa rei Subſtantia diſponendi einräumt. Es kommt auch darauf nicht an, was auch **Salmaſius** ſagt, der Creditor verlange ja die Wiedererſtattung. Allein er verlangt ſie nicht in ſpecie. Eben deswegen enthält das Mutuum eine Veräuſſerung, und in den Geſetzen ſteht ausdrücklich: quod pecunia mutuo data alienata fuerit. Es iſt ja auch bekannt, daß das periculum rei mutuo datae auf den fällt, der etwas gelehnt bekommen, auch Rei Vindicatio dem Creditori abgeſprochen wird, nachdem das Dominium in mutuo transferirt worden iſt.

§. 5.

Die Sachen, welche einem gelehnt werden, ſind Sachen, quae numero, pondere et menſura conſtant. Man hat aber auf dieſe Nebeneigenſchaften bey ihnen nicht, ſondern darauf zu ſehen, daß Sachen, welche verlehnt werden, ihrer Subſtanz unbeſchadet nicht können genutzt und gebraucht werden, und daher keine reſtitutionem in ſpecie oder individuo zulaſſen, wo man nemlich dergeſtalt die Sache ſoll nutzen und gebrauchen können, wie bey einem Darlehen geſchieht. Freylich aber, wenn man einem eine ſolche rem fungibilem lehnt, wird res certa erfordert. Dieſe hat nun allemal ihr gewiſſes pondus oder numerum, oder menſuram, dadurch wird ſie eben ein Individuum. Alſo iſt dieſes nur etwas Zufälliges, darauf aber kommt es hauptſächlich an, daß ſie es durch den Gebrauch wird, welche Conſumtio civilis oder naturalis iſt.

Consumtio civilis hat z. B. beym Gelde statt, und heißt so viel, als die Ausgabe. Hingegen Consumtio naturalis findet bey den Eßwaaren ꝛc. statt, wodurch eine Sache von der Art zu seyn aufhört. Wenn man hingegen das Geld ausgiebt, so ist es zwar auch in Ansehung dessen, der es ausgegeben hat, eben so viel, als wäre es nicht mehr vorhanden, es existirt doch aber noch in seiner specie. Ueberhaupt also, was noch in seiner specie existirt, und nur nicht in der Gewalt dessen ist, der es einmal ausgebracht hat, heißt civiliter consumirt.

§. 6.

Wer dem andern etwas lehnt, heißt eigentlich Creditor, Gläubiger, und der es empfängt, Debitor. Weil nun das Mutuum eine Veräusserung enthält, so kann keiner dem andern etwas lehnen, als der es veräussern kann. Nun kann aber keiner etwas veräussern, als der der Eigenthümer ist, und über das Seinige frey schalten kann, daher kann auch keiner dem andern etwas lehnen, er muß denn Herr der Sache seyn. Daher kann res aliena einem nicht gelehnt werden, z. B. Geld, das bey einem nur deponirt ist, denn das Mutuum ist ein Contractus Dominii translativus, Rei alienae Dominium aber kann ich auf keinen andern transferiren, und eben dadurch unterscheidet sich das Mutuum vom Commodato. Denn das Commodatum ist kein Contractus Dominii translativus, deswegen läßt es auch res alienas zu, und kann man sie hernach ex Contractu commodati zurückfordern, ohne daß einem Exceptio Dominii entgegen stehen sollte. Aus dem andern requisito aber, daß nemlich derjenige, welcher das Mutuum soll eingehen können, auch liberam rerum suarum Administrationem haben soll, ergiebt sich sogleich dieses, daß Pupilli oder Minores kein Mutuum eingehen können, indem sie zwar Eigenthümer sind, aber nicht eine freye Verwaltung über das Ihrige haben.

§. 7.

Mutuo accipiens heißt auch mutuatarius, und darum sagt man, daß bey einem Contractu mutuo zwey Personen vorkommen, deren eine Creditor oder Darleyher, die andere Mutuarius heißt. Nun fragt sichs, wem man denn etwas lehnen kann? Man unterscheidet den Contractum commodati im Teutschen vom mutuo, indem man lehnen und leyhen von einander unterscheidet. Leyhen heißt so viel, als alteri quid commodare, daher auch das Vocabulum Leyhen überhaupt genommen wird. Hingegen Lehnen wird vom Mutuo gesagt, als wie man auch sagt: ein Darlehen. Da heißt also Mutuum, wenn man dem andern etwas lehnt, und kann nun einem jeden etwas gelehnt werden, der sich

ver-

verbinden kann, denn wem etwas gelehnt wird, der muß sich zur Wiedererstattung verbinden. Das bringt der Begriff des Contrakts mit sich, denn man überträgt zwar etwas auf den andern, allein nicht schlechterdings, sondern unter der Bedingung, daß er nemlich auch ad restitutionem rei in genere gehalten seyn soll. Um dieser Verbindlichkeit willen wird in mutuatario erfordert, daß er sich überhaupt, und auch insbesondere bey dem Darlehen verbinden kann. Denn es kann einem, ob er sich gleich sonst verbindlich machen kann, doch bey dem Mutuo, dieses benommen werden. Daher fragt es sich eben, was Rechtens, wenn z. B. für oder auf eine Stadt etwas aufgenommen worden ist? Es ist entweder geschehen mit Wissen und Willen der Stadt, auf einem Landtage ist z. B. dem Syndico ein Mandatum ertheilt worden, daß er suchen soll Geld gelehnt zu bekommen. Dann wird des Gewalthabers Handlung für eine solche des Gewaltgebers selbst angesehen, mithin ist es so viel, als hätte die Stadt selbst das Geld aufgenommen, und wird also hier die Stadt obligirt, gleichwie sie sich überhaupt als eine Persona mystica oder moralis verbinden kann. Ein andres ist es, wenn einer für eine Stadt Geld aufnimmt ohne ihr Wissen, das kann nicht geschehen, wo es nicht zum Besten der Stadt verwandt wird. Wo es zum Besten der Stadt verwandt worden, da würde die Stadt sich mit eines andern Schaden bereichern, wenn sie ex istiusmodi mutuo nicht obligirt seyn sollte. Man setze, daß ein Bürgermeister für eine Stadt ohne derselben Vorwissen etwas aufnehme, und der Creditor die Stadt nunmehr belangen wollte, weil sie es nicht bezahlen will, so kann er es von der Stadt nicht wieder aus seinem eingenommenen Darlehen, sondern alsdann erst fordern, wenn das Mutuum zum Besten der Stadt verwendet worden ist, sonst kann jener Contrakt die Stadt nicht obligiren, weil ein jeder so kommen und auf die Stadt aufnehmen könnte. Solchemnach muß erst versio in rem erwiesen werden, wo nicht der Bürgermeister eine Vollmacht dazu hat.

§. 8.

Das Mutuum eines Filiifamilias ist verbothen, und zwar wird hier ein speciale Mutuum, welches in pecunia numerata besteht, voraus gesetzt. Das Senatus-Consultum Macedonianum geht dahin, daß man keinem Filiofamilias, d. i. einem Sohn, der noch in väterlicher Gewalt ist, Geld borgen soll, denn sonst könnte ein solcher Sohn seinen Vater ganz zu Grund richten, wenn er Geld aufnehmen, und nachher der Vater deswegen belangt werden könnte. Also hat dieses Senatus-Consultum zu seinem Grund favorem patris, damit nemlich derselbe nicht so schlechterdings möchte aus dem Contractu Mutui seines Sohnes belangt werden. Es hat aber auch eine rationem historicam.

Nemlich es war ein liederlicher Pursch, welcher Macedo hieß, dieser nahm viel Geld auf und versicherte seine Gläubiger auf den Tod seines Vaters. Der Vater aber lebte ihm zu lang. Da nun dieser junge Mensch beständig von seinen Gläubigern geplagt wurde, er aber einmal diese Last vom Hals sich schaffen wollte, so stellte er dem Vater nach dem Leben. Das gab nun Anlaß, das Mutuum der Filiorum Familias zu verbieten, daß nemlich nicht Gelegenheit gegeben werden möchte, den Eltern nach dem Leben zu stellen, wenn sie nemlich nicht für die Kinder bezahlen wollen, wenn diese von den Gläubigern beständig verirt werden. Das Senatus-Consultum Macedonianum wurde auch dazu eingeführet, damit dadurch verhütet werde, daß den Eltern von ihren Kindern nicht nach dem Leben gestellt werde. Woraus leicht begreiflich ist, warum es auf das Geld eingeschränkt worden ist, weil durch das Geld insonderheit die Leute liederlich gemacht werden. Das hat man aber auch zugleich verhüten wollen, daß junge Leute dadurch, daß sie Geld in die Hände bekommen, nicht sollten verführt werden. Daher findet bey andern Sachen, die man dergleichen Filiisfamilias geborgt hat, das Senatus-Consultum Macedonianum nicht statt, wo es nicht zu Hintergehung des Gesetzes geschieht, woher eben der Contractus *Mohatrae* entstanden ist, von welchem Ziegler besonders geschrieben hat, indem dieser darinn besteht, daß man einem Waaren verkauft und borgt, damit er die Waaren wieder verkaufen und Geld bekommen kann. Das könnte mancher Kaufmann thun, und einem Waaren verkaufen, damit er sie wieder zu Geld machen kann, und darnach sagen: ich habe ihm Waaren gelehnt. Allein ratio Senatus-Consulti Macedoniani ist auch in dem Falle vorhanden, denn es ist so viel, als hätte er ihm Geld gelehnt, und würde hiedurch ein Fraus in Leges, und in specie in Senatus-Consultum Macedonianum verübt.

Da nun dieses Privilegium zu des Vaters Gunsten gegeben ist, so folgt, daß auch der Vater favori pro se introducto renunciren könne, folglich fällt das Senatus-Consultum Macedonianum weg, wenn der Vater ins Darlehen eingewilligt hat. Auf den Unterschied der Einwilligung kommt es nicht an, ob nemlich der Consensus expressus oder tacitus ab initio vorhanden gewesen, oder erst ex post facto hinzugekommen ist, genug, wenn der Vater entweder ab initio oder ex post facto per ratihabitionem oder tacite consentirt hat, indem ers nemlich gewußt und nicht widersprochen hat; begiebt er sich seines favoris, so kann er hernach belangt werden, ohne daß er sich auf das Senatus-Consultum Macedonianum berufen kann. Der Consensus patris hebt auch alle Furcht auf, daß er bey dem Sohne einer Lebensgefahr sich aussetzt, sonst würde er nicht in das Mutuum consentiren. Wenn er auch bezahlen muß, so

cessirt

ceſſirt die Lebensgefahr; da darf der Sohn ihm nicht nach dem Leben ſtellen. Nun iſt es eben ſo viel, als hätte der Vater darein conſentirt, wenn der Sohn Geld geborgt, und zu ſeinem Beſten, z. B. zum Studieren oder ſonſtigen Unterhalt, den ihm der Vater aus Billigkeit ſchuldig geweſen wäre, verwendet hat. Hier wird des Vaters Einwilligung vermuthet, weil der Vater ſich mit des Creditoris Schaden durch ſein Vermögen bereichern würde. Hier fällt die ganze ratio Senatus-Conſulti Macedoniani weg, weil nemlich nicht zu befürchten iſt, wenn er Geld zum Studieren aufnimmt, worein ſein Vater conſentirt hat, daß er es liederlicher Weiſe verzehren, und alſo dadurch dahin gebracht werden dürfte, dem Vater nach dem Leben zu ſtehen. Aber eben deswegen, wenn der Vater nicht ins Studieren conſentirt hat, ſo gehts auch nicht an, daß ein Sohn, wenn er gleich meynt, er hätte Fähigkeit genug zum Studieren, hingeht, und auf des Vaters ſeine Rechnung ſich Geld geben läßt, ſondern da kann der Vater gegen die Creditores, die dem Sohn Geld creditirt haben, wenn er es gleich zum Studiren gebraucht hat, die Bezahlung verweigern, wenn er ihn zu etwas anders, z. B. zu einem Handwerk oder zur Handlung gewiedmet hat.

§. 9.

Die Form eines jeden Contrakts beſteht in eſſentialibus Contractus. Nun ſind Eſſentialia Contractus diejenigen nothwendigen und immer vorhandenen Beſtimmungen, ohne welche ein Contrakt gar nicht beſtehen kann. Dieſe können nun aus dem Begriff dieſes Contrakts erſehen werden, und beſtehen darinn, daß der Vſus rei fungibilis dem andern dergeſtalt eingeräumt wird, daß auch facultas rem conſumendi dem Mutuatario geſtattet worden. Folglich gehört ad formam huius Contractus nicht nur, daß eine res fungibilis einem überlaſſen, ſondern auch, daß dieſe res fungibilis dergeſtalt übergeben und angenommen wird, daß ſie des Annehmers Eigenthum wird, denn ſonſt, wo z. B. das Geld dem Mutuatario nicht eigenthümlich würde, da gienge es auch nicht an, daß er es ausgeben könnte. Unterdeſſen ſoll es ihm nicht geſchenkt ſeyn, obgleich ſonſt nach dem römiſchen Rechte der Contractus mutui für einen Contractum gratuitum gehalten worden iſt, ſondern er ſoll es wieder geben, und doch ſoll ers aufbrauchen dürfen. Das geht nicht anders an, als wenn er verbunden iſt, eben ſo viel wieder zu erſtatten, z. B. Mevius hat mir 100 Scheffel des allerbeſten Korns gelehnt, ſo iſt das ein Contractus mutui. Daraus entſteht nun eine Verbindlichkeit, daß ich dem Mevius wieder idem genus, nemlich Korn, geben muß, aber nicht eben das, ſo er mir gegeben hat, ſonſt könnte ich es nicht gebrauchen, wie ich doch die Abſicht habe, und alſo bin ich nur gehalten, die Sache in eodem genere, tantundem, dergleichen Korn

wieder zu restituiren, aber auch in eadem quantitate et qualitate, denn das tantundem begreift alles in sich. Nun hat freylich auch wieder dieser Contrakt seine Naturalia, und läßt auch Nebenverträge zu, wie z. B. selbst die Zinse durch einen solchen Nebenvertrag zu diesem Contrakte hinzukommen. Nach dem Jure Romano gehört Praestatio Vsurarum nicht ad formam, oder ad Essentialia hujus Contractus, sondern vielmehr ad Accidentalia, ob man gleich auch nachher das Pactum Vsurarium zugelassen hat, da sich die Römer das Mutuum als einen Contractum gratuitum vorgestellt haben. Es ist aber der Natur und dem Begriff eines Contractus gratuiti praestatio usurarum oder den Interessen zuwider.

§. 10.

Insbesondere ist hiebey, was das Mutuum pecuniarium betrift, die Frage zu erörtern, wie die Restitutio geschehen solle, ob nemlich so, wie es zur Zeit der Errichtung des Contrakts das Pretium gewesen, oder wie es sich zur Zeit der Bezahlung verhält? Ich bezahle z. B. einem ex mutuo 30 Rthlr. in 6 Louisdor. Zur Zeit des Contrakts gelten die Louisdor nur 5 Rthlr., während der Zeit aber steigen sie, und bis das Mutuum wieder restituirt werden soll, gilt z. B. eine Louisdor 10 Gulden. Wie geschieht Restitutio? Antw. Einige sagen, res mutuo data müsse nach dem Werth restituirt werden, den sie gehabt habe zur Zeit des Contrakts. Allein andere behaupten mit mehrerm Grund das Gegentheil, daß nemlich die Sache zu restituiren, wie sie zur Zeit der Heimbezahlung sich verhält, damit dem Gläubiger das Geld steigt und fällt, denn es muß sein Zustand nach dem Contrakt der nemliche seyn, als er vorher gewesen ist, und in Ansehung seiner, wenn die Billigkeit soll beobachtet werden, muß der Zustand eben so seyn, wenn der Contrakt vorbey ist, als wenn er ihn nicht errichtet hätte. Hätte er aber die sechs Louisdor behalten, so wären sie ihm gestiegen, gleichwie sie auch ihm im Gegentheil gefallen wären. Hätte er sie behalten, so könnte er sie jetzt ausgeben, und den Nutzen davon ziehen, den man davon ziehen kann. Mithin ist ganz billig, daß ihm nunmehr sechs Louisdor entweder in natura gegeben werden, wie er sie dem Debitori gegeben hat, denn so kann er sie doch wieder nach dem Werth ausbringen, den sie tempore solutionis haben, ob sie gleich tempore Contractus weniger gegolten haben, sonst litte er durch den Contrakt Schaden. Eben deswegen, weil er sie in natura fordern kann, damit er keinen Schaden davon habe, muß er auch, wenn sie in natura nicht erlegt werden können, so viel wieder dafür verlangen können, als sie jetzt gelten, damit es so viel ist, als wenn er sie in natura wieder bekäme. Gleichergestalt hat man auch insbesondere auf bonitatem materiae zu sehen,

denn

denn wenn man einem z. B. franzöſiſche Louisdor gegeben hat, ſo können bey der Reſtitution nicht etwa ſpaniſche wieder dagegen erſtattet werden. Ja es kann auch bey dem Geld auf die Form und das Gewicht ankommen, daß man nemlich einerley Geld von einerley Schrot und Korn, einerley Gewicht und einerley Schlag wieder erſtatten muß, was aber das letztere anbetrift, ſo erfordert ſolches einen beſondern Nebenvertrag, oder es muß beſonders ſtipulirt werden. Gewöhnlich aber iſt, welches man ſich auch ſtillſchweigend pflegt auszubedingen, daß die Reſtitutio des Gelds nach eben dem Korn und Gewicht geſchehen ſoll, denn wenn man einem gewichtige Ducaten gegeben hat, ſo darf der Creditor keine annehmen, die nicht gewichtig ſind. Und ſo wird auch nach obigem Juſtitia commutativa beobachtet.

§. 11.

Was für eine Actio entſteht ex mutuo? Antw. Mutuum iſt ein Contrakt, aus einem Contrakt entſteht Actio perſonalis, daher entſteht auch ex mutuo eine Actio perſonalis. Die Actiones perſonales heiſſen auch Condictiones, daher entſteht auch ex Mutuo eine Condictio. Was man mit dieſer Condictione fordern kann, das iſt gewiß ratione quantitatis, ratione qualitatis et in ſuo genere, d. i. Korn, Geld, oder ſonſt eine Res fungibilis. Alſo heißt dieſe Condictio, Condictio certi, oder die Actio, welche ex mutuo entſteht, heißt Condictio certi ex mutuo, weil es etwas gewiſſes iſt, worauf dieſe Actio perſonalis geht.

Drittes Buch.

Tit. V.

De Commodato.

§. 1.

Commodatum heißt derjenige Contractus realis, durch welchen jemand der unentgeltliche Gebrauch einer Sache unter der Bedingung, daß die nemliche nach geendigtem Gebrauch wieder zurückgegeben werde, geſtattet wird. Ich leihe z. B. einem meine Sackuhr, ſo geſchieht es unter der Bedingung, daß er ſie mir wieder in ſpecie geben ſoll, wenn er ſie genug gebraucht hat. Hier räume ich einem den Gebrauch meiner Sache zwar ein, aber unter der Bedingung, daß er mir eben dieſe Sackuhr reſtituiren ſoll. Das Jus des

Commodatarii ist von der Servitute usus unterschieden, denn ob ich zwar auch ex commodato den Gebrauch der Sache eines andern habe, so ist doch ein solcher Gebrauch kein Jus in Re, sondern ich habe ein bloßes Jus ad Rem, und weil in specie bey dem Commodato die Sache restituirt werden soll, so wird dadurch der Unterschied von dem Mutuo bestimmt, weil in Mutuo nicht in specie die Sache restituirt und zugleich auch dieses vestgesetzt wird, daß in Commodato eine Res non fungibilis der Gegenstand seyn müsse. Denn weil man zwar, wie in Mutuo, eine Sache dem andern zum Gebrauche einräumt, dieselbe aber in specie wieder verlangt, so muß sich die Sache Vsu nicht verzehren, eine Sache aber, die sich Vsu nicht verzehrt, heißt non fungibilis, z. B. ein Buch, eben dasselbe geliehene Buch muß mir der andere wieder geben. Woraus folget, daß ich immer Herr des Buches bleibe, gleichwie im Gegentheil in mutuo derjenige, welcher das Geld empfängt, Herr darüber wird, so daß er damit machen kann, was er will.

§. 2.

Hieraus ist nun sogleich wieder zu ersehen, daß die Personen sich wieder besonders benennen lassen, denn diejenige, die der andern den Gebrauch des Ihrigen vergönnt, heißt *Commodans*, diejenige aber, welche den Gebrauch von einer fremden Sache umsonst bekommt, heißt *Commodatarius*. Es wird nun aber hauptsächlich in Commodato erfordert, daß der Gebrauch umsonst eingeräumt werde, damit sich das Commodatum a locatione conductione unterscheiden lasse. Denn bey der Locatione Conductione wird mir auch Vsus rei alienae eingeräumt, aber nicht umsonst, sondern für einen gewissen Miethlohn, hier aber muß in Commodato, wo es ein Commodatum seyn soll, der Vsus rei gratis concedirt seyn. Ferner ist hieraus auch dieses klar, daß das Commodatum kein Contractus Dominii translativus seye. Das Mutuum ist um deßwillen ein Contractus Dominii translativus, weil die Sache so beschaffen ist, daß sie nicht gebraucht werden kann, ohne daß sie verzehrt wird, die Sache aber in Commodato ist anders beschaffen, und wird dadurch nicht verzehrt, daß sie gebraucht wird. Daher fällt bey dem Commodato der Grund, warum das Mutuum ein Contractus Dominii translativus ist, weg. Ist nun aber das Commodatum kein Contractus Dominii translativus, so folgt ferner, daß das obiectum Commodati eine Res aliena ist, oder man auch eine Rem alienam verleihen kann. Es können sogar über Res alienas Contractus Dominii translativi errichtet werden, doch nur mit dem Erfolg, daß man daraus klagen kann. Ein anders ist, ob es recht ist, oder seyn sollte, um so vielmehr also, wenn es geschehen ist, daß eine fremde Sache einem andern geliehen worden ist, denn so kann

eine

eine solche fremde Sache der Commodans von dem andern gleich, als wenn sie ihm eigenthümlich wäre, wieder fordern, ohne daß sich der andere dagegen setzen und sagen kann, jener wäre ja nicht Herr, darum hat er sich nicht zu bekümmern, sondern das ist eine Exceptio de Jure tertii. Genug, daß er den Contractum commodati mit ihm eingegangen hat.

§. 3.

Es ist hiebey wohl zu bemerken, daß man Res fungibiles manchmal als non fungibiles ansehen kann, gleichwie man im Gegentheil auch Res non fungibiles manchmal als fungibiles, ja eine Sache in verschiedner Rücksicht zugleich als fungibilem und als non fungibilem betrachten kann. Den ersten Fall belangend, so ist das Geld eine Res fungibilis, ich kann aber einem Geld leihen oder geben, daß er es gebrauchen soll, und es ist ein bloßes Commodatum, weil hier die Res non fungibilis als fungibilis zu betrachten ist. Es ist z. B. *ein Rechnungsführer*, dessen Rechnung abgehört wird, seine Kasse aber ist leer. *Er spricht* daher einen guten Freund an, *ler* möchte ihm doch ein paar tausend Rthlr. leihen, daß er es in Säcken in die Kasse, zur Zeit der Rechnungsabhör, stellen könne, damit man meynen solle, als wenn das Geld sein wäre, und er also durchkommt. Hier ist der Contrakt, der über den Vsum rei fungibilis errichtet worden ist, ein Commodatum. Er ist kein Contractus Dominii translativus, sondern man hat ihm blos aus Freundschaft den Gebrauch des Gelds, aber nicht zum Ausgeben eingeräumt. So auch, wenn einer 100 harte Thaler hätte und sie dem andern gäbe, daß er darauf klein Geld von ihm empfangen möge, bis er ihm so viel an klein Geld restituiren könne, so wird hier Res fungibilis als non fungibilis angesehen, weil die harten Thaler nicht ausgegeben werden dürfen. Man setze weiter, daß einer Stämme hätte, um welche ihn der andre zu einem Gerüste anspricht, er bekommt sie auch, jedoch unter der Bedingung, daß jener seine Stämme in specie wieder bekommen soll, in so weit ist es ein Commodatum, denn er räumt ihm den Vsum rei suae gratis ein, und es soll die Restitutio in specie geschehen. Hingegen sagt jener, er könne ihm die Stämme an Geld ersetzen, oder es gelte ihm gleich viel, wenn er nur andere dergleichen Stämme bekomme, so ist es ein Mutuum. Denn da hat jener das Eigenthum an diesen Stämmen auf den andern übertragen und ist zufrieden, wenn dieser ihm die Sache in genere, aber secundum eandem quantitatem et qualitatem restituirt, d. i. daß er Stämme von einerley Größe und einerley Güte wieder bekommt. Hier wird eadem Res als fungibilis et non fungibilis angesehen.

Endlich, da man den Vſum rei ſuae bloß ſub Lege reſtitutionis in ſpecie in Commodato concedirt, ſo iſt auch nichts daran gelegen, ob es eine bewegliche oder aber eine unbewegliche Sache iſt, ſondern beyde können Gegenſtände des Commodati abgeben.

§. 4.

Sodann wird beym Commodato auch nothwendig erfordert, daß die Sache zu einem beſtimmten Gebrauche verabfolgt werde, denn es muß das Commodatum ſich a precario unterſcheiden. Es kann aber nicht davon unterſchieden werden, wo nicht der Gebrauch ſowohl in Anſehung der Zeit als der Art beſtimmt iſt. Es iſt dieſes ein Eſſentiale. Iſt der Gebrauch nicht beſtimmt, ſo heißt es precarium, welches alle Augenblicke wiederrufen werden kann. Alſo gehört dieſe Beſtimmung ad differentiam ſpecificam, wie jene bey den andern Contrakten, indem forma nicht nur das Genus, ſondern auch die Differentiam ſpecificam in ſich begreife, denn auch die Differentia ſpecifica beſteht ex eſſentialibus, ja die Eſſentialia machen das Genus und Differentiam ſpecificam aus.

§. 5.

Die Obligatio ex Commodato muß in principalem, ſeu primariam und in ſecundariam, ſeu accidentalem abgetheilt werden. Eine Obligatio principalis ſeu primaria heißt diejenige, welche jedesmal oder beſtändig aus dem Contrakt herfließt. Dieſe haftet nun auf dem Commodatario, denn aus dem Begriff des Commodati erledigt ſichs, daß die Res commodata wieder reſtituirt werden muß. Alſo iſt die Obligatio ad in ſpecie reſtituendam rem commodatam eine Obligatio conſtans, und heißt daher primaria ſeu principalis. Es iſt ferner entweder eine Zeit der geſchehen ſollenden Wiedererſtattung beygeſetzt oder nicht. Iſt keine Zeit ausgedrückt, da die Reſtitutio geſchehen ſoll, ſo muß der Commodatarius die Sache reſtituiren, wenn der Commodans es verlangt, wo nur Res noch integra iſt, daß nemlich der Commodatarius nicht Schaden davon hat. Soll er ſie aber in ſpecie reſtituiren, ſo muß er ſie ſo, wie er ſie empfangen hat, und alſo nicht verſchlimmert heimgeben. Und weil er allein allen Nutzen ex Commodato hat, ſo iſt er ad quamlibet Culpam etiam leviſſimam praeſtandam, alſo noch vielmehr ad dolum gehalten. Gleichwie aber den Caſum fortuitum niemand zu präſtiren gehalten iſt, woferne er ihn nicht ausdrücklich übernommen hat, ſo folgt auch ferner, daß der Commodatarius für den bloſen Zufall nicht ſtehen darf, wenn er ſich nicht ausdrücklich dazu verbunden hat. Die Actio, welche ex Obligatione principali, ſeu primaria eines Contrakts

trakts entsteht, heißt directa, da man also hier eine Actionem primariam hat, so hat man auch eine actionem directam.

§. 6.

Nun steht Actio directa demjenigen zu, welchem das Recht zusteht, das mit der Obligatione principali zusammenhängt. Nun steht aber dem Commodanti das Recht zu, weil die Obligatio principalis in Commodatario haftet, daher ist Actio Commodati directa, welche der Commodans gegen den Commodatarium anstellt. Aber wohin geht sie? Antw. auf das, was in der Obligatione principali enthalten ist, in principali Obligatione aber ist enthalten, daß die Restitutio in specie geschehen soll, darum geht auch diese Actio directa Commodati darauf, daß nach geendigtem Gebrauch die nemliche Sache mit aller Zugehörde zurück erstattet werden solle. Ich habe z. B. einem eine Stutte gelehnt, die trächtig ist, diese Stutte gebährt während der Zeit, als der Commodatarius sie bey sich hat, ich belange ihn nun actione Commodati *directa auf* die Restitution dieser Stutte, so ist nicht genug, daß er mir nur die Stutte giebt, sondern es heißt, er muß mir sie auch geben cum omni accessione, ad accessionem naturalem aber gehört auch foetura, vermög dieser Foeturae aber gebührt der Foetus der Stutte dem Herrn derselben, und also kann auch darauf, nemlich den Fohlen, diese Actio Commodati directa angestellt werden.

§. 7.

Obligatio secundaria ist diejenige, welche nicht immer vorhanden ist, sondern nur ex accidenti, oder bisweilen sich bey dem Commodato findet. Sie haftet auf dem Commodanten, denn der ist gewöhnlich dem Commodatario zu nichts gehalten, weil er ihm einen Freundschaftsdienst durch das Commodatum erwiesen hat. Es ist aber dem andern kein Freundschaftsdienst erwiesen, wenn er dadurch zu einem Schaden kömmt, der dem Commodanti beyzumessen ist, als wenn der Commodans die gelehnte Sache unzeitig, d. i. zur Zeit, da Commodatarius sich dessen nicht versehen, vielmehr alle seine Einrichtung darnach gemacht hat, die geliehene Sache noch eine Zeitlang zu gebrauchen, mithin er Schaden davon hat, zurückfordert, so muß der Schade vom Commodante dem Commodatario ersetzt werden. Es ist eben so, als wie beym Mandato, da erweißt auch der Mandatarius dem Mandanti einen Freundschaftsdienst, unterdessen, wenn er einmal das Mandatum übernommen hat, so kann er nachher nicht wieder zurückgehen, wenn sich der Mandans einmal darauf verläßt, denn da ist es nicht mehr res integra. So ist es auch hier, wenn durch die

Zurückforderung der Commodatarius zu Schaden käme, so ist es nicht mehr gestattet, das Commodatum zurückzusenden, wo man dem andern nicht den Schaden ersetzen soll, sondern es muß ihm so lang die Sache gelassen werden, bis er von der Zurückforderung keinen Schaden hat. Gleichergestalt ist der Commodans, andre Kosten und Schaden zu ersetzen gehalten, der Commodans, welcher aus dem Vertrag gar keinen Nutzen hat, prästirt nur culpam latam und dolum. Der Commodans muß die impensas necessarias in res commodatas restituiren, wo es Hauptkosten sind, welche nemlich zur Erhaltung der gelehnten Sache erfordert werden. Denn diejenigen Impensas, welche zu Erlangung des Gebrauchs allein erfordert werden, darf der Commodans dem Commodatario nicht ersetzen, sondern der Commodatarius muß solche wegen des Vsus gratuiti selbst erlegen. Ich leihe z. B. einem ein Pferd, dieser giebt dem Pferd Futter, läßt es auch beschlagen, so kann er diese Unkosten mir nicht anrechnen, denn sie sind wegen des Gebrauchs des Pferds nöthig gewesen, und müssen an dem Vsu gratuito abgehen. Wenn hingegen das Pferd krank worden wäre, so daß wenn der Commodatarius nicht viel darauf gewendet hätte, es gar crepirt wäre, so sind das nothwendige Hauptausgaben, wegen welcher der Commodatarius das Jus retentionis hat, wenn er nemlich das Pferd noch in Händen hat, oder er darf es nicht eher verabfolgen lassen, als bis ihm die Impensae restituirt sind. Man setze ferner, daß mich einer anspricht, ich möchte ihm doch mein Pferd leihen, er wolle nach Leipzig reisen, und allda einen Arrest auf des Mevius Güter anlegen lassen, er bittet mich aber, ich möchte ihm, wenn es mir gefiel, von meinen Pferden das sicherste geben, indem er eintreffen müßte, damit er unter denen, die dem Mevius den Arrest anlegen wollen, der Erste seyn möchte. Ich gebe ihm aber einen Kollerer, der ihn unterwegs wohl sechs bis siebenmal herunterschmeißt, so daß er viele Stunden zu spat kommt, da er sonst einer von den Ersten gewesen wäre, die den Arrest anzulegen gehabt hätten, nun aber einer von den Letzten ist, und wohl in dem Concurs gar ausfällt, so kann dieser Commodatarius seinen Regreß an den Commodanten nehmen, da von dessen Culpa oder Dolo es herrührt, daß er nicht der Erste von denen gewesen, die den Arrest anzulegen gehabt haben, und also auch im Concurs vor andern bezahlt worden ist.

§. 8.

Man sieht also leicht, daß ex hac Obligatione secundaria actio contraria entstehen müsse. Es ist aber Actio commodati contraria diejenige, welche dem Commodatario gegen den Commodantem, um von diesem seine Entschädigung zu erlangen, zusteht. Ist demnach der Commodatarius per rem com-

commodatam Culpa des Commodantis zu Schaden gekommen, wohin auch die Impenſae zu rechnen ſind, welche er aufzuwenden gehabt hat, ſo kann er all dieſes actione commodati contraria fordern.

Solchemnach, da es debita liquida ſind, hat er auch das Jus retentionis in Anſehung der geliehenen Sache bis zu einer Schadloshaltung, wo zumal manchmal res commodata nicht ſo viel werth iſt, als der Commodatarius Schaden davon hat.

Drittes Buch

Tit. VI.

Vom Depoſito.

§. 1.

Depoſitum iſt ein Contractus realis, durch den die Verwahrung einer übergebenen Sache unentgeltlich übernommen wird. Zum Beyſpiel, Mevius verreißt, und läßt eine Kiſte voll Silber oder Linnen zurück, die er aber vorher noch dem Sempronius zur Verwahrung übergiebt, ſo ſagt man, er habe dieſe Kiſte bey ihm deponirt, daß alſo das Depoſitum ein Contractus iſt, da man einem die Verwahrung einer Sache überläßt, jedoch ſo, daß er ſie umſonſt übernimmt, denn ſonſt, wenn es nicht unentgeltlich geſchieht, entſteht daraus der Contractus Locationis - Conductionis Operarum, indem ihm ſeine Mühe, die er der Verwahrung halber angewandt hat, bezahlt werden muß, mithin das, was ihm bezahlt wird, ſo viel, als das Locarium iſt, welches für geleiſtete Dienſte bezahlt wird.

§. 2.

Hierbey kommen nun wieder Perſonen vor, die ihre beſondere Namen haben. Derjenige, der dem andern ſeine Sache zur Verwahrung übergiebt, heißt *Deponens*. Derjenige aber, der eine fremde Sache gratis zur Verwahrung übernimmt, heißt *Depoſitarius*. So iſt im gegebenen Falle Sempronius Depoſitarius, weil er die Verwahrung der Kiſte übernommen hat. Hingegen derjenige, dem die Kiſte und das Silber oder Linnen darinnen zuſtehen, iſt Deponens, weil er dem Sempronius dieſelbe zur Verwahrung übergiebt.

§. 3.

§. 3.

Was das Objectum depoſiti anbetrift, ſo können alle Sachen deponirt werden. Denn der Grund und die Abſicht der Contrahenten bey dieſem Contrakt iſt die Verwahrung der Sache des andern, welches aber angeht, die Sache mag mobilis oder immobilis ſeyn. So kann man z. B. einem auch ein Haus deponiren, wenn man es ihm nemlich in der Abweſenheit zur Verwahrung überläßt, und übergiebt ihm die Schlüſſel, daß er darinn aus- und eingehen möge, um nemlich zu ſehen, daß nichts daran beſchädiget werde. Da ſagt man, daß auch das Haus ſey deponirt worden. Eigentlich aber ſetzt Depoſitum eine von Hand an Hand geſchehene Uebergabe voraus. So können aber nur res mobiles gegeben werden. Daher findet Depoſitum eigentlich nur bey beweglichen Sachen ſtatt, die Verwahrung unbeweglicher Dinge wird eher für ein Mandatum angeſehen. Allein erſt alsdann iſt es ein Mandatum, wenn die Adminiſtratio mit übertragen worden iſt, denn ſonſt, wenn die bloße Verwahrung einer rei immobilis einem andern übertragen worden iſt, ſo iſt es ein Depoſitum.

§. 4.

Die Forma beſteht auch hier wieder in den Eſſentialibus. Ein Eſſentiale dieſes Contrakts iſt 1) daß Cuſtodia rei alienae einem andern übertragen wird. 2) Daß Cuſtodiam rei alienae der andere gratis übernimmt. Durch dieſe Eſſentialia muß es ſich vom Mandato und der Locatione - Conductione operarum unterſcheiden. Woraus dieſes folgt, der Depoſitarius darf die in Verwahrung befindliche Sache ohne ausdrückliche Geſtattung für ſich nicht gebrauchen. Denn ſonſt wird aus dem Depoſito ein Mutuum. Es kann nun ein Mutuum werden, entweder gleich vom Anfang oder nachher. Z. B. Ich deponire bey dem Mevius Gelder, und Mevius ſpricht mich an, ob er nicht die Gelder brauchen dürfe, wenn ich ſie wieder verlange, ſo wolle er ſie reſtituiren. Hier iſt das Depoſitum ein Mutuum gleich von Anfang, ſo daß auch hier das Eigenthum über die Gelder ſogleich auf den ſogenannten Depoſitarium oder den, der ſie zur Verwahrung annimmt, übertragen wird, folglich, wenn die Gelder verlohren gehen, und der Depoſitarius nichts wieder dafür bekommt, ſo muß er doch bezahlen, weil es ſich ſo in Mutuo verhält, indem in mutuo, als einem Contractu Dominii translativo nebſt dem Dominio auch ſofort periculum rei mutuo datae übergeht. Es kann aber auch ex poſt facto geſchehen, daß ein Depoſitum zu einem Mutuo wird, wenn nemlich die deponirten Gelder zu gebrauchen der Deponent dem Depoſitario einräumt. Hier kann es nicht eher für ein Mutuum gehalten werden, als wenn ſie der Depoſi-

tarius

tarius gebraucht, von der Zeit an erſt wird es ein Mutuum. Wenn ſie demnach vorher von ungefähr verlohren gehen, ſo darf der Depoſitarius nicht dafür ſtehen. Gehen ſie hingegen nachher verlohren, daß nemlich der Depoſitarius nichts wieder dafür bekommen kann, ſo muß er ſie doch bezahlen, denn von der Zeit an kommt das Periculum una cum Dominio auf ihn. Aus dem zweyten Eſſentiali ergiebt ſich ferner, daß ob es gleich eine unentgeltliche Verwahrung erfordert, es doch erlaubt iſt, ein Honorarium für die gehabte Mühe dem Depoſitario zu geben. Deßwegen bleibt doch der Contractus gratuitus, wenn der Deponent nur nicht ſo gehalten iſt, dem Depoſitario etwas zu geben, daß wenn er nicht etwas geben wollte, er von ihm belangt werden könnte, denn wenn das wäre, ſo wäre freylich der Contractus locatio conductio operarum, wenn er ihm aber freywillig ſeine Mühe belohnen will, ſo bleibt es deswegen doch ein Contractus gratuitus.

§. 5.

Aus dieſer Forma entſteht eine Hauptverbindlichkeit, und liegt dieſe Ob*ligatio* principalis auf dem Depoſitario, geht auch dahin, daß der Depoſitarius die deponirte Sache, wenn es dem Deponenti beliebt, wieder erſtatten muß. Und weil ihm die bloße Verwahrung und kein Gebrauch überlaſſen worden iſt, ſo muß er ſie in ſpecie reſtituiren, ſo nemlich, wie er ſie empfangen hat, auſſer das Depoſitum gehe in ein Darlehen über, z. B. durch geſtatteten Gebrauch einer rei fungibilis. Er muß ſie auch cum omni acceſſione reſtituiren, z. B. wenn ich bey einem ein Pferd deponire, und das Pferd bekommt ein Füllen, ſo muß der Depoſitarius das Pferd mit dem Füllen reſtituiren, und muß auch allen Dolo oder lata culpa verurſachten Schaden vergüten, denn der Contractus Depoſiti iſt ſo beſchaffen, daß er des Deponenten Nutzen allein befördert. Deponens aber muß culpam leviſſimam präſtiren. Wenn z. B. einer ein Pferd bey dem andern deponirt hat, der Depoſitarius ſtellt es zu den ſeinigen, und dieſes Pferd ſchlägt die ſeinigen, dergeſtalt, daß er einen großen Schaden davon hat, welcher hätte verhütet werden können, wenn es ihm der Deponens geſagt hätte, ſo muß dieſer allen dadurch zugefügten Schaden erſetzen, und culpam leviſſimam präſtiren, folglich den gröſten Fleiß anwenden, damit der Depoſitarius, der ihm ja auch einen Liebesdienſt erweißt, nicht zu Schaden kommen möge.

§. 6.

Es heißt aber die Klage, welche ex depoſito überhaupt entſteht, Actio depoſiti, und inſofern ſie aus der Hauptverbindlichkeit herrührt, Actio depoſiti directa. Man kann demnach gleich ſehen, worauf dieſe geht, wem und gegen

wen ſie zuſteht. Dieſe geht erſtlich auf alles, was in Obligatione principali enthalten iſt, weil ſie daraus entſteht. In Obligatione principali aber iſt enthalten die Erſtattung der verwahrten Sache ſelbſt, ingleichem die Erſetzung alles Schadens und aller Unkoſten. Daher geht Actio directa darauf, und zwar geht ſie gegen den, auf welchem die Obligatio principalis haftet. Die Obligatio principalis aber haftet in Depoſitario, alſo ſteht die Actio Depoſiti directa contra Depoſitarium, und dem Deponenti zu, weil ſolchem das Jus zuſteht, welches mit dieſer Obligatione principali zuſammenhängt. Dieſe Klage geht dahin, daß die nemliche Sache, welche in Verwahrung gegeben worden iſt, zurückgegeben und aller durch Vorſatz oder culpam latam zugefügte Schaden erſetzt werde. Wird der Depoſitarius eines Doli überführt, ſo wird er infam gemacht. Deswegen wird auch der Contrakt ad infamantes gezählet. Der Dolus nemlich iſt hier größer, als in andern Fällen, weil das Depoſitum ſo beſchaffen iſt, daß man dabey ſich in den mehreſten Fällen auf des Andern Treue verlaſſen muß, und viele Sachen zu Grunde giengen, wenn man ſich nicht auf die Treue des Andern verlaſſen könnte. Da ſich nun einer vorzüglich zur treuen Aufſicht über die verwahrten Sachen verpflichtet, iſt der Dolus, oder wenn man nachher gefliſſentlich gegen ſeine Parole handelt, noch größer als ſonſt, und kann ſich der andre Theil weniger davor in Acht nehmen, als in andern Fällen. Es ſind 4 Contrakte, die wegen des Doli infamiren, darunter auch dieſer gehört.

§. 7.

Obligatio ſecundaria iſt hier wieder eine Obligatio, die nicht immer vorhanden iſt, ſondern nur zufälligerweiſe bey dem Contractu depoſiti ſich findet. Nemlich der Deponens iſt ebenfalls, obgleich nur minus principaliter aus dieſem Contrakt verbunden. Es wird ihm von dem Depoſitario durch die unentgeltliche Verwahrung ein Liebesdienſt erwieſen, wem aber ein Liebesdienſt erwieſen wird, der iſt zu allem möglichen Fleiß, und auch zur Entſchädigung gegen den, der ihm den Liebesdienſt erwieſen hat, verbunden, denn der muß dadurch in keinen Schaden kommen. Daher, da die Obligatio ſecundaria überhaupt ad indemnitatem, aber auch auf Erſetzung der Koſten geht, ſo ſieht man, daß auch der Deponens dem Depoſitario, obgleich nur zufälliger Weiſe, verbunden werden kann, ihn wegen der verwahrten Sache ſchadlos zu halten, denn der Depoſitarius iſt auch nicht einmal zu geringen Koſten gehalten. Dieſer hat zwar auch den Gebrauch der Sache, allein der Depoſitarius hat gar keinen Nutzen von der Sache, ſondern nur Mühe, folglich iſt er auch, wenn die Erhaltung der Sache Koſten erfordert, dazu im geringſten nicht gehalten.

§. 8.

§. 8.

Es giebt alſo auch eine Actionem Depoſiti contrariam, bey welcher man ebenfalls zu unterſuchen hat, wem Actio depoſiti contraria, gegen wen und auf was zuſtehe. Sie entſteht ex Obligatione ſecundaria, da nun dieſe auf dem Deponente ruht, ſo ſteht ſie gegen dieſen zu. Wem ſteht ſie zu? Antw. dem Depoſitario. Wohin gehet ſie? Antw. Auf alles, was in der Nebenverbindlichkeit enthalten iſt. Die Obligatio ſecundaria aber geht überhaupt auf Entſchädigung, darunter ſind in ſpecie die Impenſae mit begriffen, denn wenn man die nicht wieder erſetzt bekäme, ſo hätte man Schaden. Alſo ſteht die Actio Depoſiti contraria dem Depoſitario gegen den Deponentem dahin zu, daß dieſer jenen entſchädige; und bis dieſes geſchehen iſt, darf der Depoſitarius des Andern Sache behalten. Wenn er z. B. hat Koſten aufwenden müſſen, um die rem depoſitam zu erhalten, z. B. er hat das deponirte Pferd füttern und ihm allerhand Arzney gebrauchen müſſen, weil es ſonſt crepirt wäre, ſo ſind ſolche Impenſae ad debita liquida zu rechnen, die dem Depoſitario von dem Deponenten erſetzt werden müſſen. Wegen liquider Forderungen aber hat man das Jus retentionis, folglich auch der Depoſitarius.

§. 9.

Sequeſtrum überhaupt iſt das Depoſitum einer ſtreitigen Sache, welche einem Dritten unter dem Anhange in Verwahrung gegeben wird, ſolche nach geendigtem Streit dem Obſieger auszuliefern. Es iſt dieſes Depoſitum *qualificatum*. Man theilt nemlich das Depoſitum in *ſimplex* et *qualificatum* ein. Das qualificatum theilt man ferner ein in *miſerabile* und *ſequeſtrum*. Von dem Depoſito ſimplici iſt bisher gehandelt worden. Depoſitum qualificatum und zwar in ſpecie miſerabile heißt dasjenige, welches ſeinen Urſprung von Angſt und Noth hat, wenn z. B. einer bey einer Feuersbrunſt oder Feindesgefahr das Seinige rettet, und bey ſeinem Nachbar oder ſonſt wo deponirt. Es heißt dieſes Depoſitum miſerabile, weil es aus unvermeidlichem Elend oder Noth entſtanden iſt. Das iſt nun wieder der gröſte Dolus, wenn man dolose circa rem depoſitam in hoc depoſito miſerabili verfährt. Daher muß auch das Duplum erſetzt werden, auch kann der Deponens in litem gegen den Depoſitarium ſchwören, wie viel die Sache werth geweſen iſt, das iſt freylich etwas hartes. Es kommt aber alles von der ausnehmenden Untreue her, da ſich einer kein Gewiſſen macht, Nothleidende zu betrügen, die ſich auch am allerwenigſten vor Betrug in Acht nehmen können. Was aber das Sequeſtrum, als die zweyte Speciem des Depoſiti qualificati anbetrift, ſo beſteht daſſelbe in einem

Depoſito rei litigioſae, wobey die Abſicht iſt, daß die res litigioſa dem Victori ſo möge reſtituirt werden können, wie er ſie verlangen kann, damit ſie nemlich während des Streits nicht verwahrloſet werde. Es mag hernach die Sache ſelbſt oder blos die Fructus, die daraus gezogen werden, angehen. Hiernächſt mag der Streit über die Eigenheit oder aber nur über den Beſitz ſeyn. Denn auch Poſſeſſio kann litigioſa werden, ja in ſpecie propter poſſeſſionem litigioſam können die partes litigantes gar leicht zu den Waffen greifen. Um alſo dieſes zu verhüten, ſo wird keiner von den ſtreitenden Theilen im Beſitz gelaſſen, ſondern dieſer wird einem Dritten, der dieſe rem litigioſam währender Zeit verwalten muß, anvertraut, damit ſie unverſehrt dem Victori tradirt werden kann. Dieſes Sequeſtrum wird in *voluntarium* und *neceſſarium* eingetheilt.

§. 10.

Gewöhnlich iſt die Sequeſtratio verbothen, das iſt aber de neceſſaria zu verſtehen. Sequeſtrum *neceſſarium* heißt nemlich dasjenige, welches vom Richter beſchloſſen wird. Wenn z. B. der Judex, um ein damnum irreparabile circa rem litigioſam zu verhüten, dem Reo den Beſitz wegnimmt, und die rem litigioſam zur Verwaltung und Verwahrung einem Dritten übergiebt, in welchem Fall man ſagt, die Sache ſey ſequeſtrirt worden, ſo iſt dieſes ein Sequeſtrum neceſſarium. Denn das müſſen ſich die ſtreitenden Theile gefallen laſſen, und liegt es dem Richter von Amtswegen ob, die Sequeſtration zu erkennen, damit das Gericht nicht umgangen werde, oder die Urthel einen Ausgang gewinnen könne, wenn nemlich der Richter z. B. einem die Sache zuſprechen ſollte. Hingegen giebt es auch ein Sequeſtrum voluntarium, welches nemlich durch beyderſeitige Einwilligung der ſtreitenden Theile entſteht. Es will z. B. keiner dem andern die Sache im Beſitz laſſen, weil ein jeder befürchtet, daß etwa dieſelbe verſchlimmert werden, oder der eine ſich zum Nachtheil des Andern daraus bereichern könnte. Kurz, wenn einer eiferſüchtig über den andern iſt, und um alle daher rührende Streitigkeiten zu verhüten, ſie ſelbſt unter einander belieben, daß lieber ein Dritter bis zu Austrag der Sache die ſtreitige Sache beſitzen ſoll, ſo heißt das Sequeſtrum voluntarium. Woraus ſogleich klar wird, daß dieſe Sequeſtratio voluntaria nicht verſtanden werden kann, wenn man ſagt, daß die Sequeſtratio verbothen ſey. Es geht dieſe Sequeſtratio voluntaria einig und allein das Intereſſe partium litigantium an, ſie können ja aber ihrem Rechte entſagen und frey diſponiren. Der Richter hingegen kann den, dem der Beſitz gebührt, ſo ſchlechterdings nicht darum bringen, wie es doch durch die Sequeſtration geſchieht. Denn die Poſſeſſio führt gar große Commoda mit ſich, und

alſo einer in großen Schaden geſetzt werden kann, wenn er temere oder ohne rechtmäßige Urſache um den Beſitz gebracht wird. Deswegen muß der Richter die Sache unterſuchen, wegen der eine Sequeſtration gebeten wird, damit der Beſitzer nicht unrechtmäßiger Weiſe aus dem Beſitz geſetzt werde, da dann freylich periculum armorum et diſſipationis bonorum ac fructuum, et damnum irreparabile juſtae cauſae ſind, wegen der die Sequeſtration erkannt wird. Derjenige, welcher eine ſolche ſtreitige Sache zur Verwahrung übernimmt, und während der Zeit verwaltet, heißt Sequeſter. Es kann ein ſolcher auch über eine Jungfer geſetzt werden, wenn etwa zwey einen Anſpruch an ſie machen, und ſie einen lieber hat, als den andern, der doch mehr Recht an ſie hat, mithin zu befürchten iſt, daß ſie jener zum Beyſchlaf bereden möchte. Da iſt ſie am beſten bey einem Dritten, der gar nicht dabey intereſſirt iſt, welcher von beyden ſie bekommen möge, aufgehoben.

§. 11.

Die Pflicht eines Sequeſters nun iſt eben diejenige, welche einem guten Hausvater obliegt. Denn es muß während des Rechtsſtreits eben ſo ſeyn, als wenn derjenige, dem die Sache zuſteht, ſie ſelbſt beſeſſen und verwaltet hätte. Gleichwie nun zu vermuthen iſt, daß dieſer, als ein guter Haushälter die Verwaltung würde geführt haben, ſo beſteht auch das Officium Sequeſtris darinn, daß er hauswirthſchaftlich mit der Re ſequeſtrata umgehe, und alſo, wenn es z. B. ein Acker iſt, denſelben bey rechter Zeit ausſtelle und beſäe, ſonſt wenn er darinn etwas verſieht, muß er auch für ſein Verſehen ſtehen. Und weil er ein Adminiſtrator rerum alienarum iſt, die Adminiſtratores rerum alienarum aber zur Ablegung der Rechnung gehalten ſind, ſo muß ein Sequeſter Rechnung ablegen. Wem aber? Antw. Dem Sieger, weil er ſtatt ſeiner die Sache bisher verwaltet hat, wie ſie denn ihm auch nebſt allen während des Streits genoſſenen Nutzungen zuſteht, denn eben deswegen, damit dieſe nicht ſollen zu Grunde gehen und keine Innovation geſchehen können, iſt die Sequeſtration erkannt worden. Leider heißt es hier im Sprüchwort: Sequeſter machen leere Neſter, welches Hert in ſeinen Paroemiis ſehr wohl erläutert hat.

§. 12.

Die Actio ex Sequeſtro entſtehet auf zweyerley Weiſe, entweder in ſo weit das Sequeſtrum als ein Contractus Depoſiti zu betrachten, welches dann das Sequeſtrum voluntarium iſt, da nemlich die partes litigantes mit dem Sequeſtro contrahiren. Aus einem ſolchen Contractu depoſiti muß alſo auch Actio depoſiti entſpringen. Da aber dieſes eine beſondre Gattung des Depoſiti iſt, ſo hat

auch Actio depoſiti hier einen beſondern Namen, nemlich den der *Actionis ſequeſtrariae* erhalten. Dieſe Actio hat alſo in Depoſito voluntario ſtatt und gehet darauf, was in Obligatione Sequeſtris enthalten, überhaupt aber darauf, daß er ſeine Pflicht erfülle. Das beſteht aber 1) im Verwahren, und 2) in Rückerſtattung der ſequeſtrirten Sache nach geendigtem Streit an den obſiegenden Theil. Der Sequeſter muß aber auch wieder ſchadlos gehalten werden. Wenn er daher Schaden gehabt haben ſollte, ſo iſt der obſiegende Theil zur Entſchädigung gehalten, das iſt dann eine Obligatio ſecundaria, woraus zu erſehen iſt, daß die Actio ſequeſtralis auch wieder directa oder contraria iſt, weil auch ex Sequeſtro eine Obligatio principalis, und eine Obligatio ſecundaria entſteht. Was für eine Klage aber findet bey dem Sequeſtro neceſſario ſtatt? Antw. Da dieſes vom Richter erkannt wird, ſo findet Imploratio Officii Judicis ſtatt, da von ihm ex Officio, ohne einen Contrakt, aus ſchon bemerkten Rechtsgründen die Sequeſtration erkannt worden iſt. Wenn alſo der von ihm aufgeſtellte Sequeſter ſeine Pflicht nicht beobachtet, wie es ihm obliegt, ſo kann das Officium Judicis wieder implorirt werden, den Sequeſtrum dazu anzuhalten, was ihm obliegt, mithin auch den Schaden zu erſetzen, den er verurſachet hat.

Drittes Buch.

Tit. VII.

De Contractu Pignoris.

§. 1.

Nach bereits oben abgehandeltem Jure Pignoris kommen wir nun auf die Materie de Contractu, wodurch einem Jus pignoris eingeräumt wird.

Das Wort *Pignus* wird auf vielerley Weiſe genommen. Manchmal bedeutet es Rem, ſo ſagt man: ich habe ein Unterpfand, es wird aber auch manchmal für den Contrakt durch welchen eine Sache verpfändet wird, genommen, und ſo wird es denn hier genommen. In dieſem Verſtande iſt alſo Pignus derjenige Contractus realis, vermöge deſſen der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit ſeiner Forderung eine Sache ſo lange übergiebt, der Gläubiger aber zur Zurückerſtattung nach er-

erhaltener Befriedigung gehalten ist, oder derjenige Contrakt, den der Debitor und Creditor mit einander dahin eingehen, daß jener diesem zur Sicherheit des Crediti etwas übergeben soll. Dieser Contractus pignoris also setzt einen andern Contractum principalem, dessen Anhang jener ausmacht, voraus. Daher gilt auch hier, daß das Accessorium nach der Natur des Principalis zu beurtheilen sey. Wenn nemlich bey dem Contractu principali der Creditor ein Mißtrauen in Debitorem, z. B. beym Mutuo setzt, er befürchtet, daß der Debitor zur Zeit, da die Bezahlung geschehen soll, nicht möchte solvendo seyn, und er also in großen Schaden kommen, wenn er etwa das gelehnte Geld nicht wieder bekäme, so läßt er sich eine andere Sache, an die er sich auf diesen Fall halten kann, bestimmen. Dadurch erhält er in Ansehung seiner Forderung Sicherheit, oder daß er dermaleinst zu derselben wieder gelangen kann. Solchemnach wird durch diesen Contrakt auf den Creditorem eine Sache allein zur Verwahrung übertragen. Denn durch custodiam rei allein erhält der Creditor Sicherheit genug, indem die Sache immer da bleibt, und wenn er endlich einmal zu seiner Bezahlung nicht kommen kann, kann die Sache veräussert, und alsdann aus dem erlößten Geld ihm seine Schuld bezahlt werden. In Ansehung dessen ist der Contrakt kein Contractus Dominii translativus nach dem Jure Romano. Man muß aber das Pignus Romanum und Germanorum genau von einander unterscheiden, da das letztere doch heut zu Tage vielfältig gefunden wird.

§. 2.

Was die Personen anbetrift, zwischen welchen dieser Contrakt eingegangen wird, so ergiebt sich aus der Erklärung, daß es der Debitor und Creditor sind. Denn da einer in den andern ein Mißtrauen setzt, und eine Sicherheit verlangt wird, so setzt es freylich einen Creditorem und Debitorem voraus.

§. 3.

Was die Form dieses Contrakts betrift, so ist Contractus pignoris ein Contractus realis. Contractus reales aber erfordern zu ihrer Vollkommenheit die Uebergabe der Sache, folglich gehört auch zur forma hujus Contractus, daß eine Sache dem Creditori a Debitore, und zwar mit dem Erfolg übergeben wird, daß er ein Jus in Re darinn erhalten möge, um sich dadurch an die Sache allenfalls halten zu können, wenn er nemlich zur Befriedigung nicht gelangen kann. Dadurch unterscheidet sich eben das Pignus a pacto hypothecae. Denn dieses erfordert keine traditionem Rei, sondern da ist die wechselseitige Einwilligung in die Hypothek hinreichend. So lang hingegen das Pignus vom

De-

Debitore dem Creditori nicht übergeben ist, so lang ist der Contractus pignoris nicht perfectus, und keine Verbindlichkeit, sondern ein bloßes pactum de pignore dando vorhanden. Das Pactum aber de pignore dando, und der Contractus pignoris sind von einander, als wie das pactum de mutuo dando, und mutuum verschieden. Gleichwie das mutuum rei traditionem erfordert, und wenn auch schon de mutuo dando ein pactum errichtet worden, es doch noch kein Mutuum ist, so ist auch das pactum de pignore dando noch kein pignus. Denn dadurch wird noch kein Jus in Re transferirt, sondern dieses erfordert erst eine Uebergabe. Es sind dieses freylich Spitzfindigkeiten des Juris Civilis, und es ist heut zu Tage nicht mehr so, sondern pactum hypothecae und pignus sind einerley, indem heut zu Tage alle pacta eine vim obligandi civilem haben, wenn sie nur ernsthaft eingegangen worden sind. Genug, daß es versprochen worden ist, aus dem Versprechen ist schon eine Verbindlichkeit nach unsern Rechten oder Gewohnheiten vorhanden, das Pfand zu geben, und vermöge der Annahme führt diese Verbindlichkeit ein Gegenversprechen mit sich, das Pfand nach bezahlter Schuld zurückzugeben, wo es hingegen nach römischem Recht noch kein Pfand ist.

§. 4.

Auch bey dem Pfandvertrag giebt es eine Obligationem principalem und secundariam. Die Hauptverbindlichkeit haftet auf dem Gläubiger, ob nemlich dem Schuldner nach erlangter Befriedigung die verpfändete Sache wieder zuzustellen, weil der Schuldner nur das Pfand in der Absicht auf den Gläubiger übertragen hat, daß er in Ansehung der Forderung sicher seyn soll. Denn alsdann fällt, sobald das Debitum aufhört, auch ratio pignoris weg, indem, wenn kein Debitum mehr vorhanden ist, auch keine Sicherheit mehr nöthig ist. Solchemnach bringt Obligatio principalis dieses mit sich, daß das Pfand nach erlangter Befriedigung, und zwar dergestalt, wie es der Creditor empfangen hat, auch mit allen Zugehörden (Causa) und Nutzungen zurückgegeben werde. Denn weil der Contractus pignoris kein Contractus Dominii translativus ist, so müssen alle Fructus, Accessiones und Commoda dem Eigenthümer, d. i. dem Schuldner, verbleiben, mithin nebst der verpfändeten Sache ex ista Obligatione principali restituirt werden. Es kann aber doch auch der Creditor etwas bey der verpfändeten Sache versehen, wodurch sie verschlimmert wird. Da fragt sichs, für was für ein Versehen er stehen muß? Antw. Er steht nur pro culpa levi, nicht aber levissima. Denn der Contractus pignoris geht den Nutzen des Debitoris und Creditoris an, indem der Schuldner wegen des Pfands Geld, der Creditor aber Sicherheit erhält. Weil aber der Contrakt beyderseitigen

Nutzen

Nutzen befördert, muß ein jeder culpam levem präſtiren. Um noch vielweniger alſo, da Creditor nicht culpam leviſſimam präſtirt, darf er den Zufall präſtiren, wenn er ihn nicht freywillig ſollte übernommen haben.

§. 5.

Die Klage, welche ex Contractu pignoris entſteht, heißt Actio *pignoratitia*, und in ſoweit ſie aus der Hauptverbindlichkeit entſpringt, heißt ſie *directa*. Daher kann man nun auch wieder hier ſehen, wem, gegen wen und zu was ſie zuſteht. Sie geht gegen den Gläubiger, denn ſie fließt ex Obligatione principali, und alſo muß ſie gegen den ſtatt finden, auf dem die Obligatio principalis haftet. Sie ſteht dem Debitori zu, denn dem ſteht das Jus aus der Obligatione principali zu, und zwar auf alles, was in der Hauptverbindlichkeit liegt, und alſo dahin, daß das Pfand nach erhaltener Befriedigung zurück erſtattet werden ſoll. Daher iſt dieſe Actio 1) *nata*, oder ſobald vorhanden, als das Debitum bezahlt worden iſt, ehe aber eine Actio entſtanden iſt, kann ſie nicht verjährt werden. Wenn daher einer auch 40 bis 50 Jahre ein Pfand bey einem Gläubiger ſtehen gehabt hätte, ſo wird es doch niemals präſcribirt, ſondern er muß es noch beſtändig Actione pignoratitia fordern können, weil die Actio pignoratitia erſt nach bezahlter Forderung verjährt werden kann. Wenn aber die Schuld bezahlt worden iſt, und die verpfändete Sache doch noch bey dem Gläubiger verblieben, dabey aber ſo viel Zeit verfloſſen, als zu einer Verjährung erfordert wird, ſo wird Actio pignoratitia verjährt.

§. 6.

Aus dem Pfandvertrag und zwar zufälligerweiſe entſtehet auch eine Obligatio ſecundaria, die auf dem Schuldner dann liegt, wenn ungefähr 1) eine fremde Sache verpfändet, oder einem ohne ſein Wiſſen übergeben worden iſt. Denn es iſt wohl zu merken, daß eine fremde Sache an und für ſich auch kann verſetzt werden, ſelbſt eine verpfändete Sache kann wieder verſetzt werden, vermöge deſſen der Pfandvertrag nicht Dominii translativus iſt. Es iſt doch aber ein großer Unterſchied, ob man ſeine eigene oder eine fremde Sache verſetzt. Denn wenn man auch in fremden Sachen ein dingliches Recht hat, ſo kann man es doch nur ſo lang verſetzen, als dieſes Recht dauret. Mit dem Recht des Gebers hört auch das von dieſem einem andern zugeſtandene Recht zugleich auf. Daher kann es leicht geſchehen, daß man um ein ſolches Pfand kommen, und dadurch alſo auch um die Sicherheit gebracht werden kann. Deswegen, da der Creditor, wenn er es nicht weiß, daß die verpfändete Sache eine res aliena, ja wohl gar eine ihm den Schuldner verſetzte Sache iſt, ſo wird er dadurch vernachtheiligt.

Folglich ist ihm der Schuldner in Ansehung dieser Beleidigung verbunden, und das ist also eine Obligatio secundaria seu accidentalis, die wegfällt, wenn es der Creditor gewußt hat. Denn so kann einer wissen, daß die Sache, die ihm der andere versetzt, ein Pfand ist, das dem Debitori selbst versetzt ist. Es geht aber doch an, daß er es bey sich auch wieder versetzen läßt, wenn er vermeynt doch genug Sicherheit zu haben; weiß ers hingegen nicht, daß es eine versetzte Sache ist, sondern er meynt, sie seye dem Schuldner eigen, so ist er betrogen, und hat eben daher auch in dem Fall der Debitor, dessen Sachen wieder von dem Creditore seinem Creditori versetzt worden sind, rei vindicationem, nicht aber, wie einige meynen, actionem personalem, denn es ist wider die Natur einer actionis personalis, daß sie auch gegen einen Dritten competiren soll, alsdenn aber hat der Debitor, welcher seinem Creditori etwas versetzt hat, welches derselbe wieder einem andern Creditori versetzt, gegen diesen actionem personalem ex Contractu pignoris utilem, wenn es dieser gewußt hat. Solchergestalt hat der Creditor dem Schuldner eine Klage verschaft, kraft der er sich an den Creditorem secundum halten kann. 2) Ist der Debitor auch gehalten, allen Schaden, den er in Ansehung des Pfands Dolo oder Caussa levi zugefügt, zu ersetzen. Es muß aber die Culpa bestimmt werden, welche Struv unbestimmt gesetzt hat, weil nemlich beyde Nutzen aus dem Contrakt haben. Wenn z. B. der Debitor etwas bey dem Creditore versetzt haben sollte, wodurch er zu Schaden, und zwar culpa levi des Debitoris kömmt, z. B. in dem Fall, da er ein Pferd bey ihm versetzt hat, so um sich schlägt und dadurch großen Schaden dem Creditori zufügt, der daher rührt, daß er es nicht gesagt hat, so ist der Debitor gehalten, dem Creditori allen dießfalls zugefügten Schaden und Unkosten zu ersetzen. 3) Wenn der Creditor nothwendig- oder nützlicher Weise etwas ins Pfand verwendet hat. Denn was die impensas necessarias anbetrift, so hätte die der Debitor selbst machen müssen, wenn er auch das Pfand behalten hätte, und was die utiles anbetrift, so bleiben die Verbesserungen im Pfand darinn, und kommen auf den Debitorem, der also sich mit dem Schaden des Creditoris bereichern würde, wenn dieser seine Impensas nicht sollte restituirt erhalten. Wobey wohl zu merken ist, daß manchmal Kosten auf Pfänder verwendet werden, um nur des Pfands Zurückforderung zu erschweren, und den Debitorem abzuschrecken, das Pfand einzulösen, wenn er so viele Kosten bezahlen soll. Daher muß in dem Fall der Richter darüber urtheilen und darauf sehen, daß weder ein lästiger Gläubiger, noch aber ein gar zu spitzfindiger Schuldner Gehör finde. Er muß nemlich sehen, ob der Creditor blos impensas gemacht hat, um dem Debitori die Lust zu benehmen, die Sache wieder zu fordern oder einzulösen, dergleichen Aufwand darf der Schuldner dem Gläubiger nicht ersetzen. Der Debitor aber

muß

muß auch nicht allzuhoch den Bogen spannen und nicht verlangen wollen, daß der Creditor auch nicht einmal impensas utiles mache, denn es gereicht gar sehr zur Verbesserung einer Sache, wenn impensae utiles darauf verwendet werden, und kann auch bona fide oder aus guter Meynung, die der Creditor für den Debitorem hat, geschehen. Deßwegen muß man einen solchen Debitorem nicht anhören, wenn er aus dergleichen impensis utilibus sich nichts machen will, um nur den Creditorem zu scheren, und sich mit seinem Schaden zu bereichern.

§. 7.

Aus der Obligatione secundaria entsteht Actio pignoratitia contraria, weil ex Contractu pignoris auch eine Obligatio contraria entspringt. Man kann gleich einsehen, daß sie gegen den Schuldner, auf welchem nemlich die Obligatio secundaria haftet, dem Gläubiger auf alles, was in der Nebenverbindlichkeit liegt, oder überhaupt auf Entschädigung zustehe.

Drittes Buch

Tit. VIII.

De Stipulatione.

§. 1.

Stipulatio heißt nach dem römischen Recht derjenige Contrakt, welcher mittelst solenner Worte seine Vollkommenheit erlangt. Es heissen aber verba solennia hier diejenigen, welche in einer Frage und derselben gemässen Antwort bestehen. Eine gemäße Antwort (congrua responsio) aber heißt, worinn die Worte, welche in der Frage enthalten sind, wiederholt werden. Z. B. Wenn Titius zu Sempronius sagt: willst du mir tausend Reichsthaler bezahlen, und Sempronius sagt: ja ich will dir tausend Rthlr. bezahlen, so heißt das Stipulatio. Da haben wir einen Contrakt, welcher aber nicht anders, als durch solche solenne Worte, auch nicht eher, als bis dieselben hervorgebracht worden sind, seine Vollkommenheit erlangt. Diese Stipulatio ist eine Erfindung der Römer und nicht Juris naturae, denn nach dem Jure naturae gelten die Pacta, ob sie gleich nicht sind errichtet worden durch vorgeschriebene Formeln.

Die Römer aber haben die Stipulation, welche a Stipula oder einem Halm den Namen erhalten hat, weil nemlich der Creditor und Debitor einen Halm, als ein Zeichen des vollkommenen Contrakts zerbrochen haben, welcher um deswillen eingeführt worden ist, damit man daraus desto leichter perfectionem Contractus erkennen könnte, und nicht so leicht Streitigkeiten darüber entstehen möchten. Denn wenn solche verba solennia gebraucht und ein Strohhalm zerbrochen worden, so war es ein klares Kennzeichen, daß die Contrahenten nicht mehr blos in Unterhandlung gestanden sind, sondern daß der Contrakt zu seiner Vollkommenheit gelanget, und nicht weiter mehr darüber gestritten werden konnte. Man sieht leicht, daß die Stipulationes von Stummen nicht haben celebrirt werden können, auch nicht unter Abwesenden, sondern daß sie inter praesentes haben errichtet werden müssen. Denn die verba solennia mußten mit dem Munde vorgebracht werden, das gieng nicht anders als unter Gegenwärtigen, nicht aber bey Stummen an, die keine Worte vorbringen können. Weil aber bey uns alle Verträge, wie die Stipulationes der Römer, verbinden, so können sie bey uns auch unter Abwesenden geschlossen, auch von Stummen errichtet werden, wenn sie nur ihre Einwilligung sonst deutlich ausdrücken können.

§. 2.

Jedoch ist heut zu Tage noch dieses bey Schuldverschreibungen gebräuchlich, daß die causa debendi certa ausgedrückt seyn muß, damit man sieht, daß es eine rechtmäßige Schuld ist. Denn so war sie bey den Römern gewiß, wenn bey der Stipulation gefragt wurde, willst du mir tausend Rthlr. lehnen? und der Promissor antwortete, ich will dir tausend Rthlr. lehnen, hier war die causa debendi certa, und wurde durch das Versprechen selbst ausgedrückt. Da konnte also über die causam debendi kein Streit entstehen. Um eben deswillen muß auch bey uns im Schuldschein die causa debendi ausgedrückt stehen, damit darüber nicht erst noch ein Streit entstehen könne, welcher Streit über die causam debendi manchmal recht verwickelt werden könnte. Z. B. Es ist nicht genug, daß ich sage: ich Endesunterschriebener bekenne hiemit, daß ich Nevius tausend Rthlr. schuldig bin, auf eine solche Verschreibung ist nichts zu geben, sondern es muß die causa debendi mit darinn enthalten seyn, wenn sie gerichtlich vorgelegt und darauf gesprochen soll werden können, z. B. ex mutuo etc. Ein anders aber ist es bey Wechseln, da braucht man dergleichen Weitläuftigkeiten nicht, weil allda die Executio paratissima seyn muß. Da ist es dann genug, daß man nur hineinsetzt, dessen Werth ich vergnügt. Wenn auch eine Verschreibung eidlich bekräftigt worden ist, darf

causa

causa debendi nicht ausgedrückt werden, weil der Eid schon im Gewissen verbindet.

§. 3.

Sponsiones heissen diejenigen wechselsweisen Versprechungen, auf den Fall, wenn ein noch ungewisses Ereignis gewiß wird; oder wenn ihrer etliche gegen einander versprechen, daß falls ein ihnen unbekannter Fall gewiß sey, sich nemlich so verhalte, wie die Frage ist, so soll dieses oder jenes geleistet werden, so nennt man es eine Wette. Z. B. Titius sagt: Mevius werde über 8 Tage kommen, Sempronius aber sagt: er werde morgen schon kommen, Titius will das nicht glauben, so wetten sie mit einander, was ist hier die Wette? Antw. Ein wechselsweises Versprechen unter einer gewissen Bedingung. Wenn nemlich ein ihnen ungewisser Eventus (z. B. wenn Titius kommen werde) gewiß werden wird, daß nemlich das Versprochene dem alsdann zufallen soll, nach dessen Behauptung die Begebenheit ausgefallen ist, z. B. der soll die 20 Rthlr. haben, welcher, wenn Titius über 8 Tage erst kommt, behauptet hat, daß er über 8 Tage erst kommen werde. Weil nun die promissiones reciprocae bey Wetten sind, so sind sie in der That Pacta, und gilt alles bey sponsionibus, was bey Pactis gilt. Pacta werden durch den Dolum nichtig, daher auch sponsiones per dolum nullae werden. Es ist aber ein Dolus, wenn einer das gewußt hat, was er doch für ungewiß ausgegeben hat. Man setze z. B.: Sempronius hat wohl gewußt, daß Mevius schon gekommen ist, sagt aber doch, er werde erst morgen kommen, so ist das ein Dolus, weil er verschwiegen hat, was er gewußt hat. Hätte er gesagt, daß er gekommen wäre, so hätte der andere nicht gewettet, noch ihm unter der Bedingung etwas versprochen. Dergleichen Conditiones sind also ungültig, wenn der Eventus nicht bey beyden ungewiß ist, und gilt es nicht, wenn einer weiß, wie es sich verhält, oder dasjenige, worüber die Wette gewesen, beyden nicht ungewiß gewesen ist. Ein anders aber wäre es, wenn Sempronius sagte: er ist schon da, Titius aber dennoch sich daran nicht kehren wollte und gleichwohl wettete, da müßte die Wette gelten. Auch werden unmäßige Wetten nicht geduldet, denn Pacta bestehen ebenfalls nicht, wenn ihnen unerlaubte Bedingungen angehängt oder unter selbigen eingegangen worden sind. Es ist aber eine Conditio illicita, die dem Staate zum Nachtheil gereichen kann, und dieses geschieht durch allzugroße Wetten. Es hat z. B. einer sein ganzes Vermögen bey der Wette ausgesetzt, und er verliert es, so kann er ja an den Bettelstab kommen, da doch dem Staat daran gelegen ist, daß die Unterthanen erhalten, und nicht verdorben werden. Um noch vielmehr ist verbothen, wenn einer über etwas gewettet haben sollte, wodurch er an seinem guten

Namen oder wohl gar an Leib und Leben Schaden leiden könnte, wenn er die Wette halten sollte. Dergleichen Conditiones werden bey Pactis pro turpibus gehalten. Eine Conditio aber, die bey Pactis nicht geduldet wird, muß auch eine Wette, als eine Art der Pactorum, vereiteln.

Drittes Buch.

Tit. IX.

De Fidejussoribus.

§. 1.

Fidejussor (Bürge) heißt derjenige, welcher für einen Schuldner auf den Fall zu bezahlen verspricht, wenn dieser selbst nicht zahlen sollte. Es setzt also die Bürgschaft eine Verbindlichkeit schon voraus, zu deren Sicherheit sie nur hinzukömmt, und ist also eine bloße Obligatio accessoria. Daher hat man hier einerley Absicht, z. B. wie bey der Verpfändung, nur daß man hier statt Sachen, Personen untersetzt. Und das ist manchmal nöthig, weil die Pfänder ihren bestimmten Werth haben, hingegen eine Person für so viel haften muß, als die Schuld oder Forderung betragen kann, oder der Schade sich belaufen mag, weswegen Sicherheit nöthig ist. Denn wenn der Schade, nemlich seiner Größe nach ungewiß ist, hingegen aber quantitas, oder Aestimatio gewiß ist, so ist freylich durch das Pfand genugsame Sicherheit nicht, wohl aber durch die Bürgschaft zu erhalten. Daher folgt ferner, daß man nach dieser Obligatione accessoria die Bürgschaft beurtheilen müsse. So wie aber kein accessorium sine principali bestehen kann, oder omne accessorium ein principale voraussetzt; so kann auch keine Obligatio fidejussoria bestehen, wo nicht ein Debitor principalis oder jemand anders, der principaliter obligirt, vorhanden ist. Wenn daher einer für denjenigen Bürgschaft geleistet hat, der gar nichts schuldig ist, so ist es vielmehr für eine Schenkung, als Bürgschaft anzusehen. In Ansehung der Verbindlichkeit geht die Bürgschaft der Hauptverbindlichkeit, in Ansehung der Entstehungszeit kann jener diese vorgehen, oder schon vorher entstanden seyn. Heut zu Tage wird sie nicht mittels einer Stipulation und also nicht verbis solennibus, sondern durch einen Vertrag errichtet, ja es ist hinlänglich, wenn jemand die Schuldverschreibung unterschreibt und sich als Bürge angiebt.

Man

Man hat auch Rückbürgen, wenn nemlich der Debitor wieder einen Bürgen in Ansehung des ersten Bürgen stellen muß, da bleibt dieser stecken, denn der erste hat seinen Regreß an den Hauptschuldner, der andere aber hat nichts.

§. 2.

Weil nun die fidejussio zur Sicherheit einer Forderung, so wie das Pignus, constituirt wird, so ist klar, daß Bürgschaft zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen vorgeht. Denn der Fidejussor muß dem Creditori Sicherheit machen. Da fragt sich sogleich, wer Bürgschaft leisten kann? Antw. Wer Bürge wird, verbindet sich, anstatt des Schuldners zu bezahlen, aber nur in Subsidium und nicht principaliter. Dadurch ist eben der Fidejussor von einem *Expromissore* unterschieden, denn der Expromissor verbindet sich nicht nur für den Schuldner in Subsidium zu bezahlen, sondern er nimmt seine Verbindlichkeit auf sich, und wird der Schuldner ganz davon befreyt. Bey der Bürgschaft *hingegen bleibt* der Debitor noch verbunden, und seine Verbindlichkeit ist die *Hauptverbindlichkeit*. Daher folgt eben das Beneficium excussionis, welches ein Bürge vorschützen kann, um sich, wenn noch in Ansehung des Hauptschuldners keine Noth vorhanden ist, von der Zahlung zu befreyen. Woraus sich ergiebt, daß keiner sich zur Bürgschaft verbinden, oder für einen andern gutsagen kann, als der sich obligiren kann. Wer sich überhaupt einem andern nicht verbinden kann, der kann sich auch nicht verbinden, für einen andern zu bezahlen. Darinn aber besteht die Bürgschaft und also kann er auch nicht Bürgschaft leisten. Nun hat man aber vielerley Ursachen, um derentwillen Personen sich für andere nicht verbinden können. Dahin gehört insbesondere das Verbot, welches in Ansehung der Geistlichen und Soldaten in den Gesetzen enthalten ist, vermöge welcher diese für niemand sollen gut sagen können, und zwar deswegen, weil sie dadurch, was die Geistlichen anbetrift, von ihren Verrichtungen abgehalten werden könnten. Denn wenn man den Bürgen angreift, nach dem Sprüchwort: den Bürgen muß man würgen, so ist das etwas höchst unangenehmes. Diese weltliche Händel können einen Geistlichen gar sehr zerstreuen, daß er dadurch in seinem Amt sehr gehindert wird. Bey Soldaten gehet es eben so, die können auch dadurch gar leicht von ihren Kriegsdiensten abgehalten werden. Daher hat man Jure canonico und Romano verbothen, daß die Soldaten für niemand sollen gut sagen können, und wenn sie es also doch de facto gethan haben, ist die Bürgschaft ungültig. Allein diese Gesetze sind bey uns niemals in Ausübung gekommen, sondern heut zu Tage können Geistliche und Soldaten auch für andere gut sagen, wie man denn Beyspiele hat, daß manchmal Geistliche bis auf den letzten Heller exequirt worden sind. Man hat

aber

aber auch noch eine besondere Ursache, um derentwillen Weibspersonen, wenn sie für andere gut gesagt haben, daraus nicht verbindlich gemacht werden sollen, nemlich die Schwäche ihres Geschlechts, und heißt dasjenige Gesetz, kraft dessen eine Weibsperson, die für jemand gut gesagt hat, nicht obligirt seyn soll, *Senatus-Consultum Vellejanum*, von dem Consule Vellejus. Man hat nemlich betrachtet, daß Weibspersonen zu Bürgschaften gar leicht zu beschwätzen wären, indem sie den Schaden, der davon herrührt, nicht sogleich vorhersehen können, immassen sie sich nur künftig für andere zu bezahlen verbinden, und also gar leicht denken können, es werde dazu nicht kommen, sie könnten es also leicht versprechen, und dem andern einen Freundschaftsdienst erweisen, damit er doch Geld bekommen möchte. Deswegen findet auch die Ratio Senatus-Consulti Vellejani hauptsächlich in dem Falle statt, wenn eine Frau für jemand anders aufs Zukünftige sich obligiren soll, denn dazu kann sie vermöge ihres Geschlechts leicht beschwätzt und sicher gemacht werden, daß man ja so schlecht nicht handeln und sie um das Ihrige bringen, sondern sie bezahlen wolle, sie soll einem nur jetzt aus der Noth helfen, es thäte ihr ja keinen Schaden. Wie nun um deswillen den Weibsbildern durch das Senatus-Consultum Vellejanum geholfen worden ist, daß sie durch ihre Geschlechtsschwäche nicht in Schaden kommen sollten, so fällt natürlich dieses weg, wenn die Weibsbilder keinen Schaden aufweisen können, worinn sie per imbecillitatem sexus verfallen sind. So auch, wenn sich Weibsbilder für andere sogleich verbunden haben, da mangelt auch wieder Ratio Senat-us Consulti Vellejani. Denn diese geht blos auf Gutstehen für andere und Bezahlung, im Falle der Hauptschuldner nicht selbst bezahlt. Daher kann man nunmehr auch ferner leicht erkennen, daß eine Frauensperson weder für Fremde, noch auch insbesondere für ihren eigenen Ehemann gutstehen kann. Und zwar ist das Gutstehen für den Mann durch die Authenticam Cod. si qua mulier verbothen, weil sie dabey noch mehr Gefahr, als bey Fremden ausgesetzt ist. Für Fremde hat sie nicht leicht so viel Rücksicht, als für ihren Mann, und die können sie auch nicht so leicht beschwätzen, als wie der Mann. Es kann sie derselbe auch durch allerhand Bedrohungen dahin bringen, wenn sie nicht sollte für ihn gut sagen. Dieses fällt bey andern deswegen weg, weil die Interceſſio pro marito viel gefährlicher, als pro extraneis ist, derselben sogar Obligatio naturalis so benommen worden ist, daß wenn sie bezahlt hat, Condictio indebiti statt findet, die sonst durch dergleichen Obligationem naturalem ausgeschlossen ist. Es ist demnach zu unterscheiden, ob die Frau für einen Fremden gut gesagt oder für ihren Mann. Im ersten Falle kann sie zahlen, wenn sie sich der Wohlthat des Senatus-Consulti Vellejani begeben will, es kann sie auch dießfalls der Richter dazu verurtheilen. Im andern Falle

hingegen

hingegen darf sie den Gesetzen nach nicht bezahlen, und kann sie auch der Richter zur Zahlung nicht anhalten, wenn er nicht gegen die Gesetze handeln will.

§. 3.

Das Senatus-Consultum Velleianum fällt weg, wenn die Frau sich für andre nicht erst auf künftig, sondern sogleich zur Bezahlung verbindet. Denn die Weibsbilder sind zwar schwächern Geschlechts, doch aber von Natur nachdenkend, mithin wenn sie wirklich bezahlt haben, so sieht man, daß sie es mit großem Bedacht gethan haben müssen, und sich auf Imbecillitatem sexus, wenn sie auch Schaden davon haben, nicht berufen können. Wenn sie daher einem etwas schenken, oder für einen andern bezahlen, so verbinden sie sich nicht nur auf künftighin, sondern sogleich, und können sich dießfalls auf die Schwäche des Geschlechts nicht berufen, sondern es muß mit großem Bedacht geschehen seyn, weil sie schwer daran zu bringen sind, daß sie sogleich von dem Ihrigen etwas weggeben *sollten*, leichter aber dazu zu beschwätzen sind, daß sie das Ihrige auf künftighin verbinden, weil sie nemlich meynen, es werde nicht dazu kommen, oder der Fall würde nicht eintreten, daß sie der Hauptschuldner werde stecken lassen. Eben so verhält es sich in dem Casu, si indemnitatem promiserint, z. B. Mevius sagte: es wäre wohl nötig, daß ich mein Haus noch ein Stockwerk hoch aufbaute, allein ich fürchte doch, daß ich Schaden davon haben möchte, und eine Frau verbindet sich, ihn schadlos zu halten. Damit er es aber nur gleich thun möge, so obligirt sie sich sogleich. Fragt sich, kann sie sich auf eine Uebereilung berufen? Nein, denn es ist ihr der Schade vorher vorgestellt worden, und sie hat ihn auch leicht vorher sehen können. Daher hat sie den Schaden gutwillig übernommen, und muß also den andern schadlos halten, welches auch eigentlich keine Bürgschaft ist. In der Expromission ist auch der Ausgang gar nicht zweifelhaft, sondern nur allzugewiß. Da hingegen, wenn sie sich verbürgt hat, und Schaden davon leiden würde, sie sich darauf berufen könnte, daß sie sich nicht vorgestellet habe, daß sie Schaden haben, sondern der andere bezahlen werde. Hier aber kann sie sich nicht beschweren, wenn sie den gutwillig übernommenen Schaden ersetzen muß. Weil auch das Senatus-Consultum Vellejanum erfordert, daß sich eine Frau durch ihre Bürgschaft Schaden gethan habe, folglich, wo eine Frau keinen Schaden, sondern vielmehr Vortheil davon hat, fällt es auch weg, wenn sie ihres eigenen Vortheils halber für einen andern bürgt, oder sich wohl gar selbst (principaliter) verbunden haben sollte.

§. 4.

Also kann sie sich nicht auf das Senatus-Consultum Vellejanum berufen,

wenn sie für ihr Gutstehen etwas bekommen hat, wenn solches auch gleich mit der Summe nicht im Verhältnis stehen sollte, wofür sie gut gesagt hat. Denn man kann niemals von einem Schuldner verlangen, daß er einer Frau wieder so viel zur Erkänntlichkeit versprechen soll, als sie allenfalls für ihn bezahlen muß. Hat er noch so viel, so fällt der Grund weg, warum er geborgt, und sie auch zur Bürginn nimmt. Ferner fällt diese Rechtswohlthat weg, wenn sie nach einem Zwischenraum von zwey Jahren aufs neue für die nemliche Forderung gutgestanden ist. Denn diese Wiederholung zeigt an, daß sie es mit großem Bedacht gethan habe, und nicht blos hintergangen worden sey, denn sie hat ja lang Bedenkzeit gehabt, und hätte sie das erstemal wahrgenommen, daß sie Schaden haben könne, so hätte sie ja ihre Verbürgung nicht wiederholen dürfen. Z. B. Im Jahre 1727 den 1 Febr. bürget eine Frau für ein Kapital von 1000 Rthlr. Im Jahre 1729 den 1 Febr. wiederholet sie die Bürgschaft, von welcher Zeit an rechnet man die Verbindlichkeit? Antw. von 1729. Dieses hilft die Frau so viel, daß wenn der Creditor von ihr das Kapital samt den Zinsen fordert, sie von 27, 28 bis 29 nichts an Zinsen zahlen darf. Sonst gieng es auch an, daß gar leicht durch List und Betrug einer Frau ein Gläubiger hintergangen werden, und sie sich blos auf die Schwäche ihres Geschlechts zum Vorwand berufen könnte, wenn sie auch gleich die Absicht gehabt hätte, den andern anzuführen. Z. B. es hat eine Frau schon vielmals Bürgschaft geleistet, sie ist von ihren rechtlichen Wohlthaten unterrichtet worden, und man hat ihr also schon genug vorgestellt, in was für Gefahr sie sich begebe, wie es nemlich leicht geschehen könne, daß sie bezahlen müsse, und also dadurch in Schaden komme. Dem ungeachtet aber steht sie weiter gut, dieses könnte ja blos in der Absicht geschehen, um den Gläubiger dadurch sicher zu machen, und wenn er sich allenfalls nachher an sie halten will, wollte sie sich sodann auf die Schwäche ihres Geschlechts berufen, daß sie dadurch in Schaden kommen würde, so wäre es höchst ungereimt, es ihr zu gestatten, da man ihr alles vorgestellt hat, und sie nicht nöthig gehabt, sich zu übereilen. Ueberhaupt wird eine Frau dieser rechtlichen Wohlthat, wenn sie unter dem Gutstehen Betrug spielen will, zur Strafe des Betrugs verlustig. Wenn man den Dolum nicht gewahr werden kann, muß man ihr den Eid deferiren, daß sie schwöre, ob sie es nicht wissentlich gethan habe. Um noch vielmehr fällt es weg, wenn sie dieser Rechtswohlthat gehörig entsagt hat, denn es ist zu ihrem Besten eingeführet. Quilibet vero favori pro se introducto renunciare potest, und wenn sie renuncirt, so ist zu vermuthen, daß sie es mit Bedacht thut, ohne daß sie hintergangen worden ist, mithin verfällt sie hernach nicht durch die Schwäche ihres Geschlechts in den Schaden. Aber eben daher wird zu einer gültigen

Re-

Renunciation erfordert, daß eine solche Frauensperson belehrt und vergewissert worden ist. Es besteht die Belehrung überhaupt in einer Handlung, wodurch einem bekannt gemacht wird, was er noch nicht weiß, auch nicht zu wissen braucht. Nun dürfen die Weibsbilder die Jura nicht wissen, und werden, wenn sie dieselben nicht wissen, nicht gestraft. Wenn daher gleich eine Weibsperson ihrer rechtlichen Wohlthaten entsagt hätte, hernach aber sagte, sie hätte nicht gewußt, worinn diese rechtliche Wohlthaten bestünden, so gilt ihr ganzer Verzicht nichts. Man muß ihr also erst ihre Wohlthaten vorhalten, und erklären, worinn sie bestehen, dabey vorstellen, was für einer Wohlthat sie sich begiebt. Thut sie es hernach dennoch, so kann sie sich nicht mehr darauf berufen, daß sie hintergangen worden sey, man hat ihr ja alles gesagt, was sich zutragen kann. Diese Certioration ist auch bey andern Fällen, wo nemlich Personen ihrer Rechte sich dabey begeben, nöthig, wovon Stryck, nemlich de certioratione jurium renunciandorum, geschrieben hat. Allein es ist auch noch eingeführet, daß der Verzicht eidlich geschieht, denn dadurch wird noch mehr die Ausflucht einer Frau benommen, als hätte sie nicht verstanden, was sie gethan. Schwört sie, so begreift sie leicht von selbst, daß sie ihre Gedanken bey einander haben, und also daran gedenken muß, wozu sie sich verbindet, daher kann sie sich nachher nicht darauf berufen, daß sie es nicht mit Bedacht gethan habe, denn sie hat ja geschworen, und ist nicht zu vermuthen, daß einer leichtsinniger Weise schwört, sondern die Verbindlichkeit, die er eidlich erhärtet, sich gar wohl vorgestellt habe, wenn er auch blos bey dem Worte der ewigen Wahrheit geschworen hat. Allein bey den Rechtsgelehrten heißt es: superflua non nocent. Wenn ein JCtus klug handeln will, so kann er beyde Formeln: so wahr mir Gott helfe, und bey dem Worte der ewigen Wahrheit in dem Verzicht zusammen nehmen, denn da wird allem weitern Streit abgeholfen. Freylich aber ergänzt der Eid die Vergewisserung nicht, so daß wenn eine Frau dem Senatus-Consulto Vellejano auch eidlich entsagt hat, aber keine Certioration geschehen ist, der Verzicht von keiner Gültigkeit ist. Der Eid wird demnach dazu gebraucht, daß man destomehr versichert wird, daß der Verzicht, oder das dabey zu geschehen pflegende Versprechen werde gehalten werden, denn nach dem kanonischen Recht muß jeder Eid, der ohne Verlust der Seeligkeit gehalten werden kann, wirklich gehalten werden. Die Certioratio aber hat die Wirkung, daß sie freywillig geschieht, ohne einige List, die dabey vorgehen könnte. Struv führt aber noch etwas besonders an, daß wenn sie für den Mann gut steht, dieses gelte, wenn sie eidlich Verzicht gethan habe. Das gilt aber nur nach dem Sachsenrecht, ausser Sachsen gilt auch nicht einmal der Eid und das dadurch erhärtete Gutstehen für den Ehemann, vermöge der Auth.

si qua mulier C. ad Sct. Vellej. Wenn die Frau für ihren Mann gebürget, und wiederholt ihre Bürgschaft gleich nach 2 Jahren mehr als einmal, so gilt es doch nicht. Auch ist ein Eid gegen ein Verboth ungültig, sonst könnten die Gesetze durch einen Eid allemal vereitelt werden, und da würde ein solcher Eid ein Stof zur Bosheit. Daher ist klar, daß ein solcher Eid ausser Sachsen eine Frau nicht obligiren kann. Selbst der Eid ist für erzwungen zu halten, indem das völlige Gutstehen für den Mann für erzwungen zu halten, und deswegen nichts gilt. Wenn daher eine Frau sich in einer Sache, die den Mann zugleich angeht, gültig verbinden soll, so ist kein besserer Modus zu gebrauchen, als man nimmt sie zur Hauptschuldnerinn an, denn in eigenen Verträgen hat sie sich nicht auf das Senatus-Consultum Vellejanum zu berufen, sondern nur, wenn sie in andrer ihren Contrakten gutsteht, und nachher nimmt man den Mann zum Bürgen an, läßt ihn aber dem beneficio excussionis entsagen, denn so kann man sich gleich an die Frau unmittelbar halten. Und wenn man die Frau zugleich mit dem Manne unterschreiben lassen will, so hilft doch alles nichts, wenn sie auch sich mit dem Manne principaliter sollte verbunden haben. Es wird doch für eine Bürgschaft und der Mann allein für obligirt gehalten, die Frau aber nicht. Ferner hat dieses Senatus-Consultum nicht statt in Ansehung der von der Frau mit dem Mann gemeinschaftlich getriebenen Handlung oder Gewerb, denn sie hat sich des Senatus-Consulti Vellejani nicht zu erfreuen, wenn sie sich principaliter oder zu ihrem Nutzen verbunden hat. Man kann hiebey wohl gebrauchen Peter Schulzens zu Frankfurt an der Oder gehaltene Dissertat. de Foemina mercatrice, it. H. Joh. Rebhans Disput. quae Foemina sit mercatrix.

§. 5.

Ein Bürge ist zu dem, was zur Zeit der Bürgschaft in der Hauptverbindlichkeit enthalten war, verbunden, weil er zur Bestärkung derselben und zu des Gläubigers Sicherheit angenommen worden ist, damit nemlich der Gläubiger sicher seyn möge, es werde die Verbindlichkeit, welche auf dem Debitore haftet, wo nicht vom Debitore, doch vom Fidejussore erfüllt werden. Nun geht aber die Obligatio Debitoris nicht nur auf das Kapital, das ihm vorgeschossen worden ist, sondern auch auf die Interessen, also auch die Verbindlichkeit des Bürgen. Und wenn er sich auch nur fürs Kapital verbürget hat, muß er heut zu Tage doch die Zinse auch bezahlen. Jure Romano hingegen war es anders, da nach selbigem fidejussio contractus stricti juris ist. Um wie vielmehr geht also auch Fidejussio auf Zinse, wenn er sich für alles verbürgt hat. Man setzet solches allezeit in die teutsche Verschreibung hinein: 1)

er

er wolle stehen in omnem causam, 2) er wolle haften für Kapital und Zinse. Um so vielmehr also, wenn Debitor principalis sich gleich zu den Zinsen in Obligatione verschrieben, muß sie der Fidejussor auch geben. Es kann sich auch zwar ein Bürge auf weniger verbürgen, als der Debitor principalis. Denn er kann z. B. wenn der Debitor principalis 1000 Rthlr. schuldig ist, für 500 Rthlr. gutstehen, was aber nachher das übrige anbetrift, so muß ein anderer Fidejussor angenommen werden. Ob aber gleich ein Bürge in minus sich obligiren kann, als Debitor principalis, so kann er sich doch nicht auf mehr verbinden. Denn in Ansehung des Mehrs kann die Obligatio fidejussoris nicht bestehen, weil sie accessoria ist, und allemal eine principalem erfordert, dergleichen doch quoad majus nicht vorhanden ist. Wenn aber principalis Debitor auf 1000 verbunden ist, der Bürge auf 1200, so fällt doch die Bürgschaft nicht um, sondern gilt, so weit die Summe reicht. In Ansehung des Ueberschusses gilt sie nicht. Sonst ist Fidejussor verhaftet, wie der Debitor selbst, und wurde er per stipulationem angenommen, die den Hauptcontrakt constituirt, woher Actio ex Stipulatione fließt. Z. B. wenn Titius den Sempronius fragte: willst du für 100 Goldgulden gutstehen? so müßte er antworten: Ich will gutstehen.

§. 6.

Die Rechtswohlthaten, welche den Bürgen zustehen, sind das Beneficium excussionis, welches auch Beneficium ordinis heißt, kraft dessen der Bürge, wenn er von dem Gläubiger belangt wird, denselben an den Schuldner zuerst weisen kann, daß der zuerst belangt werden soll. Excutere heißt so viel, als eines Vermögensumstände untersuchen, ob er im Stande ist zu bezahlen oder nicht. Denn ein Fidejussor ist kein Expromissor, er haftet nur in subsidium, wenn der Debitor principalis nicht bezahlen kann, auf den Fall hat er versprochen zu bezahlen. Also muß doch erst der Gläubiger sehen, ob er nicht von dem Hauptschuldner bezahlt werden kann, und wenn er so leicht sich an den Debitorem principalem, als an den Fidejussorem halten kann, so gilt es ihm ja gleich viel, von wem er seine Bezahlung erhält. Allein dem Fidejussori gilt es nicht gleich viel, ob er bezahlt, und nachher seinen Regreß wieder an den Schuldner nimmt. Deswegen hat man es für zu hart gehalten, daß ein Fidejussor gleich angegriffen werden sollte, sondern es muß der Debitor principalis erst angegriffen werden. Das ist aber zu des Bürgen Vortheil eingeführt, folglich können sie dieser Wohlthat entsagen. Daher kann ein Bürge sich auch dieser rechtlichen Wohlthat begeben, und eben daher, wenn man sich immediate gleich an den Fidejussorem halten, und nicht viel mit dem Debitore zu schaf-

fen haben will, falls er Schwierigkeiten zu bezahlen macht, läßt man den Fidejussorem seinem Vorrecht entsagen. Und so kann man alsdann sich gleich an ihn wenden, und heißt es alsdann: den Bürgen muß man würgen. Denn das ist so schlechterdings nicht zu verstehen, als wenn man gleich an den Bürgen kommen könnte, wenn der Debitor principalis nicht zahlen will, sondern es ist nur in subsidium nach der Natur einer Obligationis accessoriae zu verstehen. Darum ist auch wahr, was Struv sagt, daß ein Bürge dadurch, daß er sich als Selbstschuldner verbunden hat, dem Beneficio excussionis nach der gegründetern Meynung nicht entsagt habe. Es geschieht nemlich manchmal, daß ein Fidejussor sich als Selbstschuldner obligirt, da meynen einige, dadurch habe er stillschweigend seinem Beneficio excussionis renuncirt. Es ist aber nicht so, sondern hier heißt es: die Worte sind nach der vorhandenen Materie auszulegen und zu verstehen. Nun aber obligirt er sich in subsidium, und übernimmt eine Obligationem accessoriam. Diese aber befreyt, da er kein Expromissor ist, den Debitorem von seiner Verbindlichkeit noch nicht. Freylich aber, wenn der Debitor principalis nicht bezahlen sollte, so will er, und verspricht es, als Selbstschuldner angesehen zu werden. Erst also in dem Falle wird er Selbstschuldner, denn sonst müßte er ja die Hauptverbindlichkeit über sich genommen haben, das hat er aber nicht schlechthin, sondern nur auf allen Fall gethan. Die gegenseitige Meynung ist an einigen Orten nach Hering, und auch selbst beym Kammergericht angenommen, wie Gail bezeugt Lib. II. cap. 28. n. 6. Dieses Beneficium ist von Justinian eingeführt, und hat seinen Grund in Nov. 4 cap. 1. Sonst konnte der Creditor entweder den Hauptschuldner oder Bürgen belangen. Weil aber dieses dem Kaiser hart schiene, so bekam der Fidejussor das Beneficium ordinis oder excussionis. Lauterbach und Stryck haben besondere Dissertationes de Beneficio excussionis geschrieben. Es hat nicht statt, wenn der Hauptschuldner nicht ohne viele Schwierigkeit belangt werden kann, wenn er z. B. abwesend ist und kein Vermögen hinterlassen hat. Denn wenn er welches hinterlassen hat, so wird er nicht als abwesend angesehen, wie auch Stryck in Dissert. de Jure praesentiae behauptet. So verhält es sich auch, wenn der Schuldner sich flüchtig gemacht hat. In diesem Falle kann jedoch der Bürge eine bestimmte Frist, in welcher der Gläubiger abwarten muß, ob der Hauptschuldner nicht selbst zurückkömmt, vom Richter sich ausbitten, vi Authent. praesente C. de Fidejuss.

§. 7.

Beneficium Divisionis heißt dasjenige, kraft dessen ein Bürge fordern kann, daß wenn er allein die ganze Schuld zu bezahlen belangt wird, der Gläu-

Gläubiger seine Klage theile, und auch die andern Mitbürgen Verhältnismäßig zur Zahlung anhalte. Woraus man sogleich sieht, daß es mehrere oder Mitbürgen voraussetze. Es ist dieses Beneficium von dem Kaiser Hadrian eingeführt worden. Vorher hatten die Bürgen dieses Benificium nicht, sondern da konnte ein jeder in solidum belangt werden, und es gieng nicht an, daß er nur pro rata bezahlte, weil auch der Contrakt, nemlich die Stipulatio mit einem jeden aufs Ganze errichtet worden ist. Es fragte z. B. der Creditor unter 3 Fidejussoribus einen jeden, willst du gut seyn für die 3000 Rthlr., die mir Mevius schuldig wird? Er fragte Cajus so, den Lucius auch so, da hatte sich also ein jeder in solidum obligirt, die 3000 Rthlr. zu bezahlen. Hadrian aber hielte dieses für unbillig, daß, da sie doch alle für die nemliche Forderung haften, einer allein sollte angehalten werden können, dieselbe zu bezahlen. Denn es könnte ja doch dem Gläubiger gleich viel gelten, von wem er seine Bezahlung erhalte, ob er sie von einem, oder von den andern zugleich erhalte, wenn er sie nur, und zwar ohne Unbequemlichkeit erhält. Aber eben daher verordnete er, wenn alle solvendo seyen, soll keiner in solidum gehalten seyn, sondern nur alsdann, wenn einer nicht solvendo wäre, solle der andere gehalten seyn, das solidum oder integrum debitum zu bezahlen. Eben daher hat er auch das Beneficium divisionis ihnen nicht vergönnet, wenn einer abwesend, und nur der andere gegenwärtig, oder wenn einer nicht so leicht zu belangen wäre, als der andere, sondern es viele Weitläuftigkeiten brauche, bis man von dem andern seinen Antheil bekäme. Denn da fällt der Grund hinweg, weil er voraussetzte, daß es dem Creditori gleichviel gelte, ob er alle oder nur einen belange. Das setzt voraus, daß sie alle gleich leicht können belangt werden, und daß sie auch alle solvendo sind. Es ist dieses Beneficium den Bürgen zum Besten eingeführt worden, damit sie nicht die ganze Schuld bezahlen dürfen, es kann aber jeder seinem Recht entsagen, daher kann es auch ein Bürge thun. In Praxi aber ist kein blos allgemeiner Verzicht, d. i. wenn man blos sagt: man wolle sich aller Rechtswohlthaten begeben, hinlänglich. In der Theorie aber faßt der allgemeine Satz den besondern in sich, in Praxi hingegen muß das Beneficium genennt werden. Specialis Renunciatio wird auch beym Beneficio excussionis erfordert. Es wird so ausgedrückt, er verzeihe sich des Beneficii excussionis et divisionis, gelobe, sich dessen nicht zu gebrauchen, oder clausula generalis wird angehängt: sie verzeihen sich des Beneficii excussionis, oder sonst aller Rechtswohlthaten, da ist nur ein Beneficium genennt. Man kann aber auch stillschweigend entsagen, wenn man z. B. das ganze Debitum bezahlt, nachdem man deswegen belangt worden ist, ohne exceptionem divisionis entgegen zu halten. Das ist der Fall, den Struv angeführt, wenn jemand dieses Vorrecht entgegen zu

halten

halten unterlassen hat, so fällt es weg. Wenn er aber meynt, daß nach der gegründetern Meynung die Worte sämmtlich und sonderlich, einer für alle, und alle für einen keinen Verzicht enthalte, so ist das blos auf Sachsen einzuschränken, denn da wird ein ausdrücklicher Verzicht erfordert. Ausser Sachsen ist auch eine tacita Renunciatio hinreichend. Darinn ist aber allerdings eine tacita Renunciatio enthalten, wenn sie sich alle unter der Klausel: alle für einen, und einer für alle, sämmtlich und sonderlich verbunden haben, denn diese Worte müssen ja doch etwas bedeuten, weil eine gemeine Rechtsregel ist, daß die Worte so zu verstehen seyen, daß sie einen Erfolg haben. Nun ohne Grund kommen in einer Clausel so viele Worte nicht vor, ja, wenn man auch nur sagen wollte, sie obligirten sich nur sämmtlich und sonderlich, oder einer für alle, und alle für einen, wenn der eine nicht solvendo wäre, zu was hätte man die Klausel nöthig? Also haben sie freylich dadurch sich in solidum obligirt, wenn anders die Klausel einen Effekt haben, und nicht vergebens beygesetzt seyn soll. Lauterbach hat de Beneficio divisionis eine Dissert. zu Tübingen gehalten, auch Struv de exceptione divisionis zu Jena geschrieben.

§. 8.

Ein ferneres Beneficium ist das Beneficium *cedendarum actionum*. Es ist dasjenige Beneficium, kraft dessen ein Fidejussor, welcher für den Debitorem hat bezahlen müssen, von dem Creditore fordern kann, daß er ihm sowohl gegen die Mitbürgen, als gegen den Hauptschuldner seine Klagen abtreten solle. Man weiß nichts gewisses vom Ursprunge dieser Rechtswohlthat, ob sie vom Praetore, oder von JCtis eingeführt worden ist. Die Billigkeit ist der Hauptgrund derselben, was einem nicht schadet, dem andern aber nutzt, dazu ist man verbunden. Es hat der Creditor eine Klage sowohl gegen die Confidejussores, als gegen den Debitorem principalem. Wenn nun der Fidejussor diese bekommen kann, so kann er mit leichterer Mühe wieder zu dem Seinigen gelangen. Er hat zwar sonst auch, wenn er für den Debitorem bezahlt hat, actionem mandati contrariam, aber doch nicht anders, als in dem Falle, da die Bezahlung mit Wissen und Willen des Schuldners geschehen ist. Sollte sie aber auch nicht mit Wissen und Willen seiner, sondern ohne sein Wissen geschehen seyn, und er die Zahlung genehm halten, so hat der Bürge actionem negotiorum gestorum, und kann dadurch wieder zu dem Seinigen gelangen. Es kann aber seyn, daß der Bürge gegen des Schuldners Willen bezahlt, es hat nemlich der Debitor gesagt: du sollst den Gläubiger nicht bezahlen, und wenn du ihn bezahlst, so werde ich dich nicht bezahlen. Da kann er weder actionem mandati, noch auch actionem negotiorum gestorum haben, und er hat also da

kein Mittel, wieder zu dem Seinigen zu gelangen, als des Gläubigers Klage. Denn der Gläubiger hat eine Klage gegen den Debitorem, die muß er dem Fidejussori abtreten. Ob zwar auch ein Fidejussor mit andern Confidejussoren keinen Vertrag eingegangen hat, so verrichtet er doch, wenn er allein für den Debitorem bezahlt, auch ihre Geschäfte, und hat also auch zwar actionem negotiorum gestorum. Es ist aber doch wieder ganz etwas anders, wenn er die actionem des Creditoris hat, die ihm gegen alle und jede Mitbürgen zusteht. Diese Klage kann viel vortheilhafter seyn, als diejenige, welche sonst dem Fidejussori zusteht, denn es kann ja seyn, daß der Gläubiger ein Pfand in Händen hat, da ist es viel besser, daß sich der Fidejussor von dem Gläubiger alle seine Klagen und damit verknüpfte Gerechtsame z. B. die Hypothek und Faustpfänder abtreten lassen kann, als daß er diese nicht hat. Und daher, weil die Klage des Creditoris viel wirksamer seyn kann, als die des Bürgen, so hat man ihm eben das Beneficium cedendarum actionum jure Justinianeo oder Novellarum eingeräumt, kraft dessen also der Creditor, weil es ihm nicht schadet, angehalten werden kann, seine Actiones und Jura gegen die Confidejussores und den Debitorem selbst zu cediren, und der das Ganze bezahlende Bürge darf nicht eher bezahlen, als bis diese Abtretung geschehen ist. Man muß unter der Nothwendigkeit und Nützlichkeit dieser Abtretung unterscheiden. Gewöhnlich hat der Bürge nicht nöthig, sich solche cediren zu lassen, weil er dennoch klagen kann. Doch ist es besser, wenn der Hauptschuldner z. B. eine Hypothek gegeben hätte. Da hat er Jus in Re. Die Actio Mandati hingegen giebt nur ein persönliches Recht. Nothwendig ist die Cessio, wenn der Schuldner dem Bürgen die Bezahlung für ihn untersagt hat. Nach dem Jure Romano können ihm diese Klagen nicht anders, als vor der Bezahlung abgetreten werden. Denn wenn einmal die Bezahlung geschehen ist, so ist alles Recht in Creditore erloschen, und darf die Schuld nicht noch einmal bezahlt werden. Unterdessen heut zu Tage sieht man auf diese Spitzfindigkeiten nicht mehr, sondern die Bezahlung kann sogleich, und sodann erst die Cessio Actionum darauf geschehen. Denn es ist die Bezahlung auf den Fall geschehen, wenn die Actiones werden cedirt werden, indem es ja klar ist, daß der Fidejussor dem Creditori nicht hat etwas schenken wollen, sondern die Absicht gehabt hat, die Cessionem Actionum zu verkaufen, daher auch in Lege 36 D. de Fidejuss. steht, daß eigentlich die Actiones nicht cedirt, sondern vielmehr von dem Fidejussore dem Creditori abgekauft werden. So wie also dem Käufer gegen den Verkäufer eine Klage zusteht, so muß auch dem Bürgen eine Klage gegen den Gläubiger zustehen. Wenn der Bürge solches ohne Rücksicht auf die Abtretung zahlen wollte, wäre es eine Schenkung. Diese aber wird nicht vermuthet. Hat auch schon der

Bürge dieser Rechtswohlthat besonders entsagt, so kann er dennoch die Abtretung verlangen, weil es dem Gläubiger ja nichts schadet.

§. 9.

Nun ist noch die Frage übrig, ob nicht, wenn auch die Klagen abgetreten worden sind, noch contra Debitorem principalem Actio Mandati statt finde? Es ist nicht zu läugnen, daß unter dem Fidejussore et Debitore principali ein Contrakt vorhanden ist, nemlich mandatum, wenn er mit Vorwissen des Schuldners bezahlt hat, wenn aber dieser die Bezahlung nicht wissen sollte, so ist der Fidejussor negotiorum gestor. Es läßt sich aber die Actio negotiorum gestorum auf die Mitbürgen erstrecken, weil er eo ipso, wenn plures Fidejussores sind, und er seinem Beneficio divisionis renuncirt, der übrigen Negotia gerirt hat, als welche vermöge des Beneficii divisionis pro rata die Schuld zu bezahlen gehalten gewesen wären. Daher obgleich, wie einige Doctores gemeynt haben, kein Vertrag unter den Mitbürgen vorhanden ist, so folgt doch noch nicht, also hat gar keine Klage gegen selbige statt. Denn es kann noch ein quasi Contractus unter ihnen statt finden, welches der quasi Contractus negotiorum gestionis ist.

§. 10.

Es stehen den Fidejussoribus auch noch andere Beneficia zu. Dahin gehört das Remedium ex Lege, si contendat, 28 ff. de Fidejussoribus, vermöge dessen der Bürge den Gläubiger gerichtlich auffordern kann, seine Forderung, wenn ihm daran gelegen ist, ohne Anstand zu betreiben. Es kann nemlich der Creditor die Mahnung des Debitoris blos um deswillen unterlassen, weil er sieht, es werde große Schwierigkeiten bey der Excussion des Debitoris haben. Hingegen merkt das der Fidejussor, daß er sich lieber an ihn, als an den Debitorem principalem halten wolle, es ist ihm aber daran gelegen, daß der Debitor principalis bey Zeiten gemahnt, und auch etwa angegriffen wird, denn da hat er noch etwas, und kann bezahlen. Daher haben es die Rechte für billig gehalten, daß der Fidejussor den Creditorem auffordern könne, daß er entweder gegen ihn oder gegen den Debitorem principalem auf die Bezahlung seiner Forderung klagen solle. Klagt er gegen ihn selbst, so opponirt er exceptionem excussionis, und also muß derselbe doch gegen den Debitorem principalem klagen, und suchen, daß er, und zwar noch zu der Zeit, da er solvendo ist, ausgeklagt werde. Denn sonst, wenn er auch executirt wäre, und es wäre nichts da, so müßte er doch bezahlen. Aber eben deswegen, wenn er spürt, daß der Debitor in Abnahme seiner Nahrung kommt, und kann auch dieselbe bescheini-

gen,

gen, und also darthun, daß die Gefahr vorhanden, daß er wohl gar bezahlen müßte, so kann der Fidejussor sich mit allem Recht dieses remedii ex Lege, si contendat 28 ff. bedienen. Es ist dieses Judicium ex L. si contendat überhaupt das Recht, vermöge dessen jeder, der eine Verbindlichkeit auf sich hat, gegen den zaudernden Kläger bey dem Richter bittet, daß er gegen die Klage durch richterlichen Ausspruch bey seiner Einrede geschützt werden möge, von welchem Remedio L. si cont. Philippi eine Dissert. geschrieben hat. Es ist aber nicht der einzige, sondern es finden noch mehrere Fälle statt, da der Fidejussor klagen kann, ihn von der Bürgschaft nach vollendetem Amt oder verstrichener Zeit zu befreyen. Z. B. es hat der Fidejussor auf 20 bis 30 Jahre sich verbürgt, die Zeit aber verfließt, und der Debitor bezahlt nicht, da kann der Bürge auf seine Befreyung klagen, damit der Creditor weiß, daß er sich nicht weiter an ihn zu halten habe, und sich anderwärts um Sicherheit umthue. Eben so, wenn ein Vormund in Ansehung der Vormundschaft für den Pupillen *cavirt haben* sollte, z. B. für ein Kapital von 2000 Rthlr., kann auch er *nach* geendigter Vormundschaft auf seine Befreyung bedacht seyn, denn weil er nicht mehr Tutor ist, so ist er auch nicht mehr gehalten, für den Pupillen zu haften. Mithin kann er begehren, daß entweder der Pupill das Geld zahlen soll, da er nun Minor ist, oder daß man ihm die Bürgschaft abnehme, oder daß er ihn durch wirkliche Bezahlung der Bürgschaft sichre, oder genugsame Caution bestellen solle. Gewöhnlich klagt der Bürge gegen den Hauptschuldner nur nach geschehener Bezahlung, oder nach richterlicher Verurtheilung. Doch sehe man *Thomasii* Diss. de actionibus Fidejussoris adversus Debitorem antequam solvit, nach. Ein Exempel hievon ist, wenn der Schuldner die Bezahlung geraume Zeit nicht bezahlen wollen, so kann sich der Bürge rühren. Die geraume Zeit ist in Jure nicht bestimmet, sondern es heißt nur diu, aber 10 Jahre heißt in Jure longum tempus, oder ist lange Jahr. Solchemnach kann der Judex hier casum pro amico machen, wenn der Bürge sein guter Freund ist. Hering de Fidejussoribus ist bey dieser ganzen Materie unentbehrlich.

Drittes Buch.

Tit. X.

De duobus Reis.

§. 1.

Die *duo Rei* werden eingetheilt in Reos *ſtipulandi* oder *credendi*, und in Reos *debendi* oder *promittendi*, und die duo Rei heiſſen auch Correi, und ihre Obligatio heißt Obligatio *correalis*, daher man auch die Correos eintheilt in Correos credendi et debendi. Correi credendi heiſſen ihrer etliche, welche ſich eine Sache haben zugleich verſprechen laſſen. Correi debendi aber heiſſen diejenigen, welche ſich eine Sache zu präſtiren, zugleich verbinden. Wenn nemlich einer mit vielen, oder viele mit einem contrahiren, ſo acquirirt ſich gewöhnlich nur ein jeder pro rata, und obligirt ſich auch nur pro rata. Z. B. Es miethen ihrer zwey dem Mevius eine Stube ab, ſo iſt ordentlicherweiſe ein jeder nur pro rata dem Locatori gehalten, und doch contrahiren mehrere mit einem, daher auch, wenn der andere weggeht, ſo kann, wo keine Obligatio correalis vorhanden iſt, der andere nicht angehalten werden, das Ganze zu bezahlen. So auch, wenn ihrer 6 Brüder einem ein Haus vermiethen, ſo contrahiren hier mehrere mit einem über eine Sache, da acquiriren aber nur alle wieder pro rata, daher kann auch keinem vom Miethsmanne über ſeine ratam bezahlt werden, ſondern wenn er einem mehr bezahlt, als ihm zukommt, ſo läuft er Gefahr dabey, denn wenn er bankerot wird, ſo muß er doch den übrigen, was ihnen zukommt, auch noch bezahlen. Allein es kann in ſolchen Fällen eine correalis Obligatio contrahirt oder acquirirt werden. Zwey miethen z. B. dem Mevius eine Stube ab, Mevius aber läßt ſich von einem jeden das ganze Locarium verſprechen, geſetzt ſie hätten für die Stube 30 Rthlr. verſprochen, ſo muß alsdann ihm ein jeder verſprechen, ganz zu bezahlen, wenn Obligatio correalis ſeyn ſoll. Die Formel lautet gemeiniglich, ſamt und ſonderlich, einer für alle, und alle für einen, verſprechen ſie nemlich zu ſtehen, und obligirt ſich alſo ein jeder in ſolidum. Da iſt nur Ein Verſprechen, denn alle verſprechen nur Eines, idem Locarium, und alſo iſt auch nur unum debitum. Eben ſo ſetze man, daß ihrer 6 ein Haus dem Mevius vermiethen,

hin-

hingegen bedingt sich Mevius dabey aus, daß er das Locarium an einen jeden soll bezahlen können, so daß, wenn er es an einen bezahlt hat, sich die übrigen an den halten mögen, so heissen diese 6 correi credendi, ihr Creditum ist unum, denn es ist ihnen allen unum idemque versprochen worden, daher ist auch nur Eine Annahme des Versprechens. Das ist eben etwas besonders, denn wenn mit mehrern nur schlechthin und nicht correaliter contrahirt wird, so haben wir so viele Debita als Personen, und so viele Credita, als Creditores. Hier aber, wo wir Correos haben, haben wir nur Eine Schuld, nur Eine Forderung, gleichwie wir nur Ein Versprechen und Eine Annahme haben. Bey den Römern, welche Stipulationes gebrauchten, konnte man es auch leicht sehen, daß sich ein jeder von den Correis debendi oder promittendi in solidum obligirt hat, denn da wurde ein jeder gefragt, willst du mir das Locarium von 30 Rthlr. allein bezahlen, der andere wurde hernach eben so gefragt, und da mußte ein jeder antworten: Ja, ich will dir das Locarium allein bezahlen. Da war also der Contrakt mit einem jeden ganz errichtet, und konnte freylich da auch ein jeder in solidum belangt werden. Allein heut zu Tage, da wir die Stipulationes nicht mehr haben, sieht man auf die verba solennia nicht mehr, sondern bey uns ist die bloße Erklärung genug, daß nemlich ein jeder für das Ganze haften will, und einem jeden das Ganze solle bezahlt werden können. Ob also gleich der Titel heißt: de duobus Reis, so können doch auch mehrere seyn. Eben so, als wie man sagt: secundae nuptiae, und doch mehr darunter verstehen kann. Auf teutsch heißt es: wenn zwey oder mehrere eine Post in solidum zu fordern oder zu zahlen haben, und heißt hier Reus nicht Beklagter, sed a re, quae una eademque in obligatione versatur. Correi steht in Jure nicht, sondern duo rei. Die Doctores haben das Wort aufgebracht, woraus ferner entstanden ist correi credendi oder stipulandi, correi debendi oder promittendi. In solidum zu setzen, ist eben bey der obligatione correali nicht schlechthin nöthig. Meistens geschieht es freylich, man hat aber gleichbedeutende Ausdrücke, z. B. einer für beyde, beyde für einen, mit unzertrennter Hand, samt und sonders, unverschieden dafür zu haften.

§. 2.

Daraus folgt nun sogleich, daß wenn Einem ex Correis credendi seu stipulandi die Bezahlung geschehen ist, dadurch die ganze Verbindlichkeit aufgehoben wird, denn ihr beyderseitiges, oder Aller Creditum ist nur unum creditum, und auch nur unum debitum von Seiten des Debitoris. Wenn also die Bezahlung geschehen ist, so ist weiter kein Debitum noch Creditum vorhanden, indem es nur debitum unum bleibt. Wenn daher Debitor in dem

gegebenen Falle, da er 6 Brüdern ein Haus abgemiethet hat, das jährliche Locarium von 30 Rthlr. bezahlt hat, so kann hernach keiner von den andern mehr herkommen, und sich an ihn dieserwegen halten, sondern wenn die Bezahlung geschehen ist, ist er weiter nicht verbunden, da er nur Einmal verbunden ist, die 30 Rthlr. zu bezahlen, ob er sie gleich bezahlen kann, an wen er will, gleichwie auch ein jeder von den Correis credendi ihn wegen der Bezahlung belangen kann. Es müssen die andern sehen, wie sie von diesem Correo ihre Ratam bekommen. Denn ein jeder Correus, ob er gleich nicht Socius ist, wie Struv erachtet, ist heut zu Tage gehalten, dem andern die Praestationem, welche a Promissore geschehen ist, mitzutheilen, das bringt das correale Creditum mit sich, denn das ist ein Creditum commune, welches mitgetheilt werden muß. Und wenn er sagt, daß derjenige, welcher aus einem titulo oneroso das Ganze empfängt, zur Mittheilung durch die Actionem pro Socio belangt werden könne, so ist zu merken, daß es auch bey Causis lucrosis statt finde, z. B. wenn einer ihrer etlichen zugleich einen silbernen Service geschenkt hat, und hat es nur Einem gegeben, so muß es doch dieser Correus credendi mit den andern theilen, oder es ist ihm mit den andern gemein, es ist ein Creditum commune.

§. 3.

Eben so verhält es sich auch bey den Correis promittendi, wenn nemlich einer bezahlt, so werden dadurch die übrigen befreyt. Wenn z. B. zwey eine Stube gemiethet, und sich correaliter obligirt haben, einer für alle, und alle für einen zu stehen, sämtlich und sonderlich, so darf nur einer die 30 Rthlr. bezahlen, und der andere ist von seiner Obligation zugleich mit befreyt, da es ja nur unum Debitum ist. Ist die Bezahlung geschehen, so hat der Creditor auch keine Klage mehr an den andern. Denn er kann die 30 Rthlr. nur Einmal fordern, und sie sind auch nur zusammen obligirt, die 30 Rthlr. Einmal zu bezahlen, mithin ist freylich durch solche Bezahlung das Debitum gänzlich getilget worden. Unterdessen, weil es doch ein Debitum commune war, welches auf beyden gehaftet hat, so kann derjenige, der es allein bezahlt hat, seinen Regreß an den Correum nehmen, denn wenn sie auch gleich nicht ausdrücklich etwas sollten davon verabredet haben, so ist es doch eben so anzusehen, und gleich viel, als wenn sie sich in einer Gesellschaft in Ansehung dieses Debiti communis befänden, wie man sie auch Compagnons zu nennen pfleget. Mithin kann derjenige, welcher bezahlet hat, dasjenige, was er ultra ratam bezahlt hat, von den übrigen wieder fordern. Ja der Bezahler kann auch ohne des Gläubigers abgetretene Rechte nach der Billigkeit gegen seinen Correum klagen.

klagen. L. 32 D. de reb. cred. Er hat auch actionem negotiorum gestorum utile, siehe L. 2 C. de duob. Reis const. Man richtet sich heut zu Tage nach der natürlichen Billigkeit. Denn weil doch einer so viel Recht als der andere hat, so kann er seinen Antheil, sowohl ex causa lucrativa, als onerosa fordern, ob sie sich gleich weder verstanden haben, noch auch Gesellschafter sind, noch auch der Bezahler einen Auftrag von den übrigen erhalten hat.

§. 4.

Das Beneficium Divisionis steht auch Correis debendi zu. Es kommt ihnen vermöge der Verordnung des Hadrians nach der Aehnlichkeit mit den Bürgen zu, weil er gedacht hat, daß es dem Creditori gleichviel gelten könne, ob er von Einem, oder ihrer vielen die Bezahlung bekäme. Z. B. Es sind zwey Studenten, die haben sich correaliter zur Miethe verbunden. Nun wollen sie aber nicht bezahlen, der Locator aber will sich an einen allein halten, so kann der nach aller Billigkeit Beneficium divisionis entgegen halten, und verlangen, daß er den andern mit belange, denn da kann alles viel kürzer hergehen, ihm hingegen kann es sehr beschwerlich seyn, ja es kann auch seyn, daß er nicht so viel hat, das ganze Debitum zu bezahlen. Unterdessen hat er doch so viel, als nöthig ist, es für seinen Antheil zu bezahlen. Da gilt es nun dem Creditori gleich viel, ob er 30 Rthlr. von einem oder von beyden, oder auf gleiche leichte Art bekommt, weil er beyde vor dem nemlichen Richter belangen kann, und auch beyde solvendo sind, folglich es ihm gleichviel gilt, ob er von einem 15 Rthlr. empfängt, und von dem andern auch 15 Rthlr., wenn er keine Unbequemlichkeit dabey hat. Es haben jedoch viele Doctores angemerkt, daß dadurch die Commercia sehr könnten gehindert werden. Daher sind nicht wenige, die das Beneficium divisionis verwerfen, als wenn es der natürlichen Billigkeit nicht gemäß wäre, und hat man deswegen an vielen Orten das Beneficium divisionis und excussionis abgeschaft, so daß man sogleich sich an den Bürgen halten kann, auch von den Mitbürgen ein jeder in solidum bezahlen muß, wenn sie sich correaliter obligirt haben. Und so hat man bey den Correis ebenfalls dieses Beneficium divisionis an vielen Orten abgeschaft, um hierdurch das Commercium zu befördern, denn es werden dadurch viele Streitigkeiten abgeschnitten. Wenn auch zwey oder mehrere in Kompagnie ein Verbrechen ausüben, wird jeder in solidum obligirt, und kommt ihnen Beneficium divisionis nicht zu statten. Z. E. viere haben gestohlen, einen erwischt man, so kann dieser nicht sagen, unsrer sind viere gewesen, er muß in solidum zahlen, denn ein Verbrecher hat sich keiner rechtlichen Wohlthat zu erfreuen.

§. 5.

§. 5.

Weil aber das Beneficium in favorem Debitorum eingeführt ist, so können sie auf dasselbige Verzicht thun, daher cessirt das Beneficium divisionis nicht nur, wenn der Mitschuldner abwesend und zu zahlen ausser Stand ist, denn da gilts dem Creditori nicht gleichviel, ob er von Einem seine Bezahlung erhält, oder von allen, sondern auch alsdann, wenn er Verzicht auf diese Wohlthat gethan hat. Endlich sagt Struv: es habe nicht statt, wenn der Mitschuldner ein Gesellschafter gewesen sey. Allein das Gegentheil ist gegründeter, da sich unten des mehrern zeigen wird, daß auch die Socii das Beneficium divisionis haben. Man kann hiebey Joh. Andr. Frommanns zu Tübingen gehaltene Dissert. de Obligatione correali gut gebrauchen. So wie diese in Corpore Juris liegt, geht sie zwar blos auf Contractum stipulationis. Wir können sie aber heut zu Tage auf diese Art eben nicht brauchen, bey andern Contrakten aber hat sie statt. Z. B. Es ist nichts gewöhnlicher, als daß ihrer zwey oder mehrere einen Wechselbrief stellen, z. B. auf die Frankfurtermesse geloben wir, einer für beyde, und beyde für einen zu zahlen. Kaufen sie einen Garten, so ist gewöhnlich, daß sie sich obligiren samt und sonders, pachten ihrer zwey ein Gut, so obligiren sie sich gemeiniglich mit unzertrennter Hand.

Drittes Buch

Tit. XI.

De Contractibus consensualibus in genere, et in specie de Emtione Venditione.

§. 1.

Contractus *consensuales* heissen diejenigen, welche schon durch die blose Einwilligung geschlossen werden. Hieher nun gehört Emtio Venditio, Locatio Conductio, Societas, Mandatum, et Contractus emphyteuticus. Zu diesen Contractibus consensualibus wird weiter nichts erfordert, als eine von beyden Theilen bestimmte Einwilligung in die nemliche Sache, welche Einwilligung causa Contractus consensualis ist. Ob zwar auch hier eine Traditio hinzukommen kann, so wird doch der Contrakt nicht erst vollkommen,

wenn

wenn die Uebergabe geschehen ist, sondern er wird sogleich vollkommen, so bald er geschlossen ist, oder beyde Theile ihren Consens vollkommen ertheilt haben, und von keiner Seite mehr etwas zu der abzugebenden Einwilligung fehlt. Sobald der Käufer und Verkäufer über die Waare und den Kaufschilling mit einander einig sind, so bald ist auch der Kaufvertrag geschlossen, und wenn auch gleich eine Uebergabe geschieht, so ist doch dieses ein bloses Implementum Contractus, und setzt schon voraus, daß der Contrakt vorher vollkommen ist. Das ist wohl zu merken, denn sobald der Contrakt vollkommen ist, kann man nicht wieder zurück. Wenn einer z. B. nur mit dem andern über die zu miethende Sache und den Miethzins einig geworden ist, ist der Contrakt vollkommen, und wirkt eine Verbindlichkeit, mithin kann keinen eine Reue ankommen, obgleich der Conductor das Haus noch nicht bezogen hat. Wo hingegen einen noch eine Reue ankommen kann, und immer noch ein Bedenken statt findet, wie bey den Contractibus realibus, dem Mutuo, dem Pignore, dem Deposito, dergleichen reales auch alle innominati sind, da hat man auch noch eine Bedenkzeit nöthig gehabt, weil sie Fälle betreffen, die nicht so viel vorkommen, und da man sich sehr vervortheilen kann. Hingegen der Kauf- und Miethvertrag kommen täglich vor, und hat man eben nicht viel Bedenkzeit nöthig. Wer auch etwas kaufen oder miethen will, hat sich schon bedacht, da ist man auch nicht so in Noth, als wie bey den andern Contractibus, z. B. beym Pignore, denn da ist man in der Noth, und also, wenn einer da gleich sich entschlossen hat, es ist aber noch keine Traditio geschehen, so kann er sich wieder anders bedenken. Das ist der Grund, warum die römischen Gesetze die Contractus consensuales blos haben durch die Einwilligung verbindlich machen lassen, da sie sonst bey den Contractibus realibus auch noch eine Traditionem erfordert haben. Es wird freylich bey andern Contractibus auch ein Consensus erfordert, er ist aber nicht genug, wie hier. Z. B. Ich bin mit dem Titius einig, ihm für sein Pferd 50 Dukaten zu geben, er hat es aber noch im Stalle, und ich das Geld im Beutel, so ist doch der Contractus perfectus, obgleich die Uebergabe noch nicht erfolget ist.

§. 2.

Die erste Art der Contractuum consensualium ist der Kauf. Diese heißt derjenige Contractus consensualis, da man einig wird, eine gewisse Sache für einen gewissen Werth zu tradiren. Z. B. Mevius will sein Haus verkaufen, und ästimirt es auf 500 Rthlr. Sind beyde einig, der Verkäufer, das Haus für 500 Rthlr zu lassen, und der Käufer, es dafür anzunehmen, so ist der Contrakt sogleich richtig. So bald als er geschlossen ist, kann keiner mehr davon ab-

gehen, obgleich das Haus noch nicht tradirt ist. Wo hingegen es bey dem Pfand ganz anders ist. Denn bey demselben wäre das nur ein Pactum de Pignore dando, und noch kein Pignus selbst. So auch bey dem Mutuo, da wäre nur ein Pactum de Mutuo dando, und noch nicht das Mutuum selbst. Hier aber ist das Pactum der Contrakt selbst, so bald nemlich die Einwilligung auf eine gewisse Waare und Kaufschilling von beyden Theilen so ertheilt ist, daß weiter nichts dazu erfordert wird. Weil nun der Kaufvertrag ein Contractus consensualis ist, so ist etwas Schriftliches dabey nicht nöthig, wo es nicht verabredet worden ist. Dahin gehört die Formel: Zu wissen, daß heute dato ein schriftlicher Contrakt geschlossen, in welchem Falle jeder contrahirende Theil vor Unterschreibung des schriftlichen Contrakts zurückgehen kann. Man kann hiebey Joh. Andr. Frommanns Dissert. de Conventione in scriptis nachschlagen. Unten werde ich auch ausführlicher hievon handeln.

§. 3.

Derjenige nun, der seine Sache für ein gewisses Geld dem andern zu überlassen verspricht, heißt Verkäufer, der aber ein gewisses Geld für des andern seine Sache zu zahlen verspricht, heißt Käufer. Beyde nun übertragen das Eigenthum ihrer Sachen. Da also eine Veräusserung vorgeht, so kann keiner etwas verkaufen noch kaufen, er muß denn veräussern können, und also die freye Verwaltung seines Vermögens haben. Daher kann kein Pupill oder Unsinniger etwas kaufen oder verkaufen.

§. 4.

Die Form dieses Contrakts besteht in dessen Essentialibus, die Essentialia aber bestehen in dem, was in dem Begrif des Kaufs enthalten ist, darinn aber ist enthalten 1) wechselsweise Einwilligung, 2) eine bestimmte Waare, und 3) ein bestimmter Werth. Diese 3 Stücke machen formam Emtionis Venditionis aus, so daß, wenn ich nicht certam mercem habe, oder auch kein certum pretium, noch der Consensus in mercem vel pretium plene praestitus ist, so ist keine Emtio Venditio geschlossen, sondern es ist ein anderer Contrakt, oder es sind noch bloße Unterhandlungen. Deswegen unterscheidet sich der Kaufvertrag vom Tausch. Beym Kauf muß einer für die Sache, die er haben will, Geld geben, beym Tausch aber gebe ich eine andere Sache ausser dem Geld dagegen. Z. B. einer verhandelt mir seinen Mantel, und ich gebe ihm einen neuen Rock dafür. Weil nun der mutuus Consensus hier, so wie bey allen Contractibus, ein Essentiale ist, so sieht man leicht, daß, was den Consensum aufhebt, auch die Emtionem Venditionem aufhebe. Nun hebt

Irrthum

Irrthum den Conſenſum auf, und alſo fragt ſichs, in wie weit derſelbe dem Kauf ſchädlich ſey? Antw. Er kann nicht ſchädlich ſeyn, als in ſo weit er den Conſenſum in Eſſentialia aufhebt. Wenn alſo in Anſehung der Waare ein Irrthum begangen worden ſeyn ſollte, ſo haben wir in Eſſentialia Emtionis Venditionis nicht mutuum Conſenſum, mithin hindert der Error in ſubſtantialibus Emtionem Venditionem. Z. B. es verkauft einer dem andern eine Uhr, und giebt ſie für eine goldene Uhr aus, da ſie doch nur von Tombak iſt, ſo iſt es ein Error in ſubſtantialibus. Der Error in ſubſtantialibus aber hebt die ganze Emtionem Venditionem auf, wenn auch gleich der Verkäufer in bona fide wäre, und ſie für Gold gekauft haben ſollte. Es kann ſich aber auch ein Irrthum in Accidentalibus zutragen, deswegen aber bleibt doch der Conſenſus in ſubſtantiali und Emtio Venditio in ihren Kräften. Doch fragt es ſich hernach, wem denn der Error ſchädlich iſt? Antw. demjenigen, der deutlicher hätte reden ſollen, das iſt dann der, welcher ſich einen beſondern Nutzen verſchaffen, oder von dem Gewöhnlichen des Vertrags abgehen will. Wenn einer bey der Emtione Venditione eine Bedingung anhängt, z. B. beym Verkauf ſeines Hauſes ſich noch eine Stube vorbehält, aber nicht ausdrückt, was für eine, gleichwohl meynt er die vordere Stube im hintern Haus, und der Emtor meynt die hintere Stube, die ſchlechter iſt, ſo heißt es, die Emtio Venditio beſteht deswegen doch, ob er ſich gleich geirret hat. Da er einen ſonderbaren Vortheil verlangt, ſo hätte er klärer reden ſollen. Daher geſchieht die Entſcheidung gegen ihn. Oder es will einer Zucker kaufen, hat aber kein Geld, daher er beym Kaufmann Kredit haben will. Er läßt ſich den Zucker abwägen, ſagt aber nicht, daß er geborgt haben will. Als er den Zucker hat, ſagt er: ich habe kein Geld, der Herr muß mir borgen, das muß der Verkäufer nicht eingehen, ſondern er kann ſeinen Zucker wieder zurück fordern. Denn Borgen iſt beym Kaufen nicht gewöhnlich, muß alſo ausgedrückt werden. Hat ſich aber einer nur allein geirrt, ſo wird alsdann der Irrthum dem Irrenden beygemeſſen, denn der andere Theil kann nichts dazu, und muß deswegen der Contrakt doch gehalten werden, denn man hat des Errantis ſeine Gedanken nicht errathen können. Z. B. wenn einer in den Buchladen geht, und kauft ſich ein Buch, er irrt ſich aber grauſam, indem er Wunder gemeynt, was er in dem Buche antreffen werde, er findet aber nichts darinn, als Schlechtigkeiten, ſo kann er nicht ſagen, ich habe mich geirrt, und das iſt ein Error circa ſubſtantialia, weil es ein Error circa mercem iſt. Das iſt ein einſeitiger Irrthum, der hindert den Kauf und Verkauf nicht, ſondern wird dem beygemeſſen, der ihn hätte vermeiden können, denn der hätte nicht eher den Contrakt richtig machen ſollen, als bis er das Buch durchgeſehen, oder er hätte ſich beſſer erkundigen ſollen, was an dem Buche iſt.

Es ist eine Unvorsichtigkeit, daß einer nicht Acht gegeben hat. Nominis error non vitiat. Wenn die Partheyen in der Sache richtig sind, obgleich der Name nicht recht ist, so bleibt der Kauf doch gültig. Z. B. einer verkauft dem andern einen Hund, der Verkäufer hat mehr als einen, der Käufer meynt, der Hund heisse Diane, er heißt aber Cartouche, so ist der Contrakt doch gültig. Gleichergestalt verhält es sich, wenn man in Ansehung der Nebendinge irrt, z. B. wenn man um ein Pferd handelt, und einen Sattel dazu verlangt, man siehet unterschiedene im Stalle bey dem Roßhändler hangen, benennet aber keinen, den man haben will, so fragt sichs, kann man sich gegen den Verkäufer beschweren, wenn er einen schlechten Sattel gegeben hat? Antw. Nein, sondern man muß zufrieden seyn, vermöge der Böhmerischen Dissert. de Interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuit. Strauch Disput. de Errore.

§. 5.

Nun fragt es sich, wie man die Waare an sich bringe? Wenn man etwas kauft, so kann man es entweder *per aversionem*, überhaupt, oder aber *ad mensuram quandam*, d. i. daß man es sich zumessen läßt, kaufen. Kauft man es überhaupt, z. B. man geht auf des andern seinen Kornboden, und fragt, wie viel liegt darauf, und der Verkäufer antwortet, ungefähr 30 Scheffel, und man macht deswegen doch den Kauf richtig, es fehlt aber daran, so bleibt doch Emtio Venditio richtig. Denn man hat sich vorstellen müssen, daß wenn man es sich nicht zumessen läßt, an dem etwas fehlen könne, was der andere als das Maaß angeführet hat. Ein anders ist es, wenn man den Kauf unter der Bedingung eingegangen hat, daß es auf eine bestimmte Zeit zugemessen werden soll, da ist der Contrakt nicht eher für vollkommen zu halten, als bis das Zumessen geschehen ist. Das hat nun wieder einen großen Nutzen in Praxi. Denn in dem ersten Falle, wenn auch schon das Korn nicht zugemessen ist, ist der Contrakt doch richtig, so bald aber der Contrakt richtig ist, so bald fällt die Gefahr der Waare auf den Käufer. Brennt nun in der Nacht darauf das Haus mit dem Korn ab, so würde der Käufer das Korn doch bezahlen müssen, ob er gleich nicht das geringste von dieser gekauften Sache bekommen hätte, indem der Zufall dem Eigenthümer schadet, oder es heißt: Res perit ei, cui debetur, vel suo Domino. In dem andern Falle hingegen ist der Contrakt nicht eher richtig, als bis das Korn zugemessen worden ist. Wenn daher während der Zeit das Haus nebst dem Kornboden wegbrennt, so brennt es dem Verkäufer ab, und darf der Emtor nichts am Pretio ersetzen. Ausserdem steht noch zu bemerken, daß alles dasjenige mit verkauft werde, was zu der Sache gehöret. Man bestimmt aber

die

die Pertinenzstücke aus der Bestimmung zu einem gewissen Gebrauch, z. B. beym Haus die Fenster, die Thüren, und was man sonst Nieth- und Nagelfest nennt, das muß cum re vendita alles mit übergeben werden, denn das ist zum beständigen Gebrauch bestimmt, und gehört also auch mit zur Sache, was aber mit zu der Sache gehört, das ist auch mit in Betracht gekommen, als man den Kaufschilling bestimmt hat. Man fragt hierbey, wenn ein Pferd verkauft worden ist, ob es mit Sattel und Zaum verkauft worden sey? Es ist zu unterscheiden, ob das Pferd Verkaufswegen oder aber zur blosen Zierde gesattelt worden ist. Erstern Falls ist die Frage zu bejahen, zumal wenn es geheissen hat: mit Sattel und Zeug, im andern Falle aber nicht, sondern die Verkäufer pflegen den Käufern nur die Halfter zu übergeben. (De Probatione pertinentiarum hat Stryck und Westphal eine teutsche Abhandlung von den Pertinenzstücken geschrieben.) Deswegen ist die blose Destinatio nicht genug, sondern es muß auch noch der wirkliche Gebrauch selbst hinzukommen, denn sonst, wenn z. B. Tapeten gleich *zum* beständigen Gebrauch bestimmt worden sind, so sind sie doch so lang, *als sie nicht* wirklich angehängt oder gebraucht werden, kein Pertinenzstück vom Haus. Wenn daher der Verkäufer, der ein dergleichen ganz völlig eingerichtetes Haus verkauft hätte, noch vorher stürbe, so könnte der Käufer doch von seinen Erben dergleichen Tapeten nicht fordern, weil sie noch kein Pertinenzstück sind. Am besten ist aus dem Inventario zu ersehen, was sonst zu einem Gut verkauft worden ist.

§. 6.

Wie ist nun der Kaufschilling beschaffen? Antw. Es muß derselbe 1) in baarem Gelde bestehen, denn sonst, wenn es nur Gelds werth Sachen wären, so wäre es ein Tausch (permutatio), Emtio Venditio aber und permutatio, wie wir oben gesehen, müssen von einander unterschieden seyn. Jedoch ist genug, daß Anfangs auf baar Geld gehandelt worden ist, obgleich nachgehends die Hälfte des Kaufschillings durch eine andere Sache gut gemacht wird. Doch muß man hier einen Unterschied unter heruntergesetztem und verbothenem Geld machen. Ist dieses der Gegenstand des Vertrags, so ist es ein Tausch, weil das Geld bloß als Masse betrachtet wird. 2) Wird ein wirklicher und nicht blos vorgegebener Kaufschilling erfordert, denn sonst ist es auch keine Emtio Venditio vera, sondern ein Contractus Emtionis Venditionis simulatus. Wenn z. B. die Frau dem Mann in Sachsen die Gerade verkauft, so ist das kein Contractus verus, sondern nur simulatus, denn es kann der Mann von der Frau die Gerade kaufen für einen Rthlr., und sie trägt etliche 100 ja 1000 Rthlr. aus, da sieht man freylich, daß es kein Pretium verum, sondern nur ein simulatum

ist, daher auch der Contractus simulatus ist. Ferner wird erfordert bestimmter Werth, denn so lange der Kaufschilling nicht festgesetzt ist, so lange kann man noch nicht sagen, daß der Contrakt geschlossen ist. Es muß eine gewisse Zahl des Geldes bestimmt seyn, als 10, 12 Rthlr., welche demjenigen entgegen gesetzt wird, wenn ich sage: ich will so viel für die Sache geben, als ich in meinem Pulte zu Hause liegen habe, welches vielmehr für Unterhandlungen zu halten ist. Daher ist auch nicht erlaubt, auf den Ausspruch eines dritten Unbestimmten es ankommen zu lassen, denn der eine könnte den Titius erwählen, der andere den Pomponius. Wenn auch diese den Kaufpreis nicht bestimmen wollten, wäre der Kauf ohnehin ungültig, da er unter der Bedingung, wenn der Dritte den Preis bestimmt hat, eingegangen worden ist. Sollte er aber den Preis nur zu hoch bestimmen, so kann man solchen durch einen braven Mann mäßigen lassen. 3) Wird ein rechter oder billiger Preis erfordert, indem das Pretium in Compensationem rei gegeben wird, weil weder der Emtor, noch der Venditor sich durch Emtionem Venditionem beschädigen, sondern beyde post Emtionem Venditionem in dem statu in Ansehung ihres Vermögens, in dem sie sich vorher befunden haben, bleiben wollen. Es heißt demnach Pretium *justum* hier dasjenige, was dem innerlichen Werthe der Sache angemessen ist.

§. 7.

Manchmal wird auch ein schriftlicher Aufsatz zur Gültigkeit des Vertrags erfordert, und zwar geschieht nicht selten, daß der Käufer und Verkäufer mit einander verabreden, sie wollten den Contrakt schriftlich verfassen, alsdann, wenn sie solches mit einander verabreden, so fragt sichs, wie hier der Aufsatz anzusehen ist? Denn solcher kann bey Contrakten auf zweyerley Art hinzukommen, 1) als ein Beweismittel, 2) als ein Verbindungsmittel. Im letztern Falle gehört er zur Vollkommenheit des Contrakts, im erstern Falle hingegen ist der Contrakt schon vor Ausfertigung des Aufsatzes vollkommen. Im gegebenen Fall nun kommt er als ein Medium obligandi hinzu, daher der Contrakt vor Ausfertigung des Aufsatzes für geschlossen nicht zu halten, und kann solchemnach den Käufer und Verkäufer, so lange der Kaufbrief nicht gefertigt ist, noch eine Reue ankommen. Sind hingegen beyde des Kaufs und Verkaufs wegen schon lang einig gewesen, und reden nur mit einander ab, daß sie einen Kaufbrief errichten lassen wollen, um den Kauf beweisen zu können, wenn er strittig gemacht werden sollte, so wird die Scriptura als ein Medium probandi gebraucht. Wenn der Kauf erst durch den Kaufbrief geschlossen wird, so sagen die Contrahenten: Als haben wir folgenden aufrichtigen Contrakt bis auf unsere Unterschrift abgehandelt, oder: Und ist zwischen Contrahenten folgender schriftliche Contrakt abgeredet

geredet und beſchloſſen worden. So lange nun noch die Unterſchrift eines der Contrahenten abgeht, kann er auch abgehen, da hingegen, wenn die Scriptura des Beweiſes wegen hinzu kommt, die Contrahenten ſagen: als haben wir dieſen Contrakt zu Papier bringen laſſen, auch unterſchrieben und beſiegelt. Im Zweifel wird die ſchriftliche Ausfertigung nur für ein Beweismittel gehalten, bisweilen aber kann es auch geſchehen, daß ſie zur Gültigmachung des Contrakts hinzukömmt. Daher muß man ausdrücklich hinzuſetzen, daß der Kauf nicht eher für vollkommen gehalten werden ſolle, als bis das Inſtrumentum darüber errichtet iſt.

§. 8.

Bey dieſem Contrakt iſt eine wechſelsweiſe Verbindlichkeit des Käufers und Verkäufers, denn es iſt derſelbe ein Contractus bilateralis, der von Seiten des Käufers ſowohl, als von Seiten des Verkäufers eine Verbindlichkeit wirket, und zwar von beyden Seiten bewirkt er eine Hauptverbindlichkeit. Vermöge der Natur dieſes Vertrags werden allezeit der Käufer und Verkäufer verbunden. Der Käufer iſt verbunden, den Preiß zu erlegen, der Verkäufer aber, die Waare zu übergeben. Nun wirket Obligatio principalis actionem directam. Daher entſteht ex Emtione Venditione Actio utrinque directa. Nun iſt Contractus Emtionis Venditionis nach dem Jure Romano ein Contractus bonae fidei, denn alle Contractus conſenſuales ſind Contractus bonae fidei, in welchen man nämlich nicht alles verabredet, wozu man verbunden ſeyn will, ſondern worinn dasjenige, was ſich von ſelbſt verſteht, ausgelaſſen werden kann. Daher verſteht ſich von ſelbſt, iſt auch der Billigkeit gemäß, daß wenn der Käufer mit dem Kaufpreis zaudert, er nicht nur dazu, ſondern auch zu den Zinſen angehalten werden kann, indem er ja nicht nur die Sache, wenn ſie ihm geworden iſt, ſondern auch das Geld zu nutzen hat. Und in der That iſt es ſo viel, wenn er in mora ſolvendi verſirt, als hätte er während der Zeit blos das Geld von dem Verkäufer vorgeſchoſſen bekommen.

§. 9.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers beſtehet darinnen, daß er die verkaufte Sache ſelbſt übergeben muß. Es geht nämlich nicht an, daß er nur das Intereſſe präſtiren, und ſich dadurch von der Uebergabe der Sache ſelbſt befreyen kann, wenn es ihn etwa gereuet hat, denn er muß den Contrakt halten, wie er geſchloſſen worden iſt, dieſer aber geht auf die Uebergabe der Sache ſelbſt, und alſo geht die Praeſtatio Intereſſe nur dann an, wenn nämlich Traditio ipſius rei venditae nicht geſchehen kann. Sobald aber der Contractus ſeine

Rich-

Richtigkeit hat, sobald ist auch der Verkäufer dem Käufer die Sache schuldig, und muß der Käufer sogleich vom Tage des geschlossenen Contrakts die Gefahr übernehmen, als wie der Herr. Daher ist es auch billig, daß er während der Zeit die Commoda davon hat. Wenn z. B. ein Schatz während der Zeit auf dem verkauften Gut gefunden wird, so gehört er ihm, und nicht dem Verkäufer. Joh. Gerh. Schlitts Disp. de Thesauro in re vendita ante traditionem reperto kann hiebey nachgeschlagen werden. Ferner, wenn während der Zeit Früchte aus der verkauften Sache gezogen werden, so gehören sie auch dem Käufer, und nicht dem Verkäufer, sondern sie müssen nebst der verkauften Sache selbst dem Käufer überlassen werden. Ferner wird erfordert, daß sie so, wie sie verkauft worden ist, übergeben werde, denn in Bestimmung des Preises sieht man auf die besondern Qualitäten der Sache, und gilt es nicht gleichviel, wie man die Sache einliefert. Z. B. für ein Pferd, das im Leibe faul ist, giebt keiner 60 bis 80 Rthlr. Wenn daher die Sache fehlerhaft ist, kann von dem Käufer nicht gefordert werden, daß er den Kaufschilling erlege, denn man hat sie nicht als fehlerhaft gekauft, sonst hätte man nicht so viel dafür versprochen. So giebt man auch für eine mit Servitutibus beschwerte Sache nicht so viel, als für eine ganz freye Sache. Z. B. wenn einer sein Haus für steuerfrey ausgegeben, und in Ansehung dessen der Käufer sehr viel darauf gebothen hat, nachher aber, als es tradirt wird, findet sich, daß es nicht frey ist, so ist hier der Fall wieder klar, daß die Sache nicht tradirt wird qualis vendita, und also handelt der Verkäufer seiner Verbindlichkeit hierdurch entgegen. Sonst steht dem Käufer Actio *redhibitoria* zu, wenn nemlich die Sache ganz unbrauchbar ist, und kann er auf die Aufhebung des Kaufs und Erstattung des Kaufschillings klagen. Ist die Sache aber nur zum Theil unbrauchbar, so kann der Käufer Actione *quanti* minoris so viel, als er für die Sache zu viel bezahlt hat, zurück verlangen. Es muß ferner auch noch der Venditor culpam und zwar levem prästiren, wenn er nämlich die Sache nicht tradirt, und sie dadurch Schaden gelitten hat, weil auch aus diesem Contrakt beyde Theile gleichviel Nutzen ziehen können. Es prästirt aber der Venditor nur Culpam levem, wo nicht die Sache einen sonderbaren Fleiß erfordert hat, denn weil er da in mora versirt, so hätte er auch allen Fleiß anwenden sollen, und solchergestalt muß er alsdann auch Culpam leviſſimam prästiren. Für Gefahr oder Zufall darf er nicht gutstehen, denn diesen prästirt keiner, als der ihn übernommen hat, und fällt derselbe auf den Herrn, oder den, welchem die Sache gebührt. Daher muß der Käufer den Preis bezahlen, wenn auch gleich die Sache vor der Verabfolgung durch Zufall zu Grunde gegangen ist. Es hat z. B. einer ein Haus gekauft, der Contrakt ist richtig, das Haus aber ist ihm noch nicht tradirt

dirt worden, und brennt ab, ſo brennt es dem Käufer ab, weil der Contrakt geſchloſſen iſt. Der Verkäufer überliefert dem Käufer ſolchenfalls mehr nicht, als die bloſe Brandſtätte.

§. 10.

Ob gleich eine Sache als verkauft übergeben iſt, ſo geht doch das Eigenthum nicht eher über, als nach bezahltem oder geborgten Kaufſchilling. Die Traditio kann ſchlechthin, oder aber bedingungsweiſe geſchehen. Unter Bedingung nun geſchieht ſie nämlich, daß das Pretium dagegen erleget werden ſolle. Wird es nicht erlegt, ſo hat man auch das Eigenthum auf ſolchen Fall nicht übertragen wollen. Alſo iſt es auf dieſen Fall noch beym Verkäufer. Entſteht nachher ein Concurs über das Vermögen des Käufers, ſo kann der Verkäufer vorher die verkaufte und verabfolgte Sache als ſeine wegnehmen, und darf ſich nicht in Concurs mit hineinziehen laſſen. An einigen Orten, als wie in Sachſen, iſt auch noch Reſignatio judicialis eingeführt, da gehen der Venditor und Emtor vor das Gerichtsbuch, worein die Contractus getragen werden, und erklärt ſich der Verkäufer dahin, daß er ſich des Eigenthums an ſeiner Sache begebe, und es hiemit auf den Käufer übertrage, darauf hat der Kauf und Verkauf ſeine Richtigkeit, und kann dadurch allemal erwieſen werden. Auf dieſe Weiſe werden viele Proceſſe verhütet, weil die Protokolle, worinn ſolche Reſignatio geſchiehet, allemal fidem publicam haben. Dieſe Reſignatio judicialis hat keinen Grund in Jure civili, ſondern wird aus dem Sachſenrecht hergeleitet. Sie heißt die gerichtliche Auflaſſung, weil der Verkäufer das Eigenthum aufläßt, und es an den Käufer übergiebt. Wie aber, wenn der Verkäufer wegen des bey der Uebergabe nicht bezahlten Kaufſchillings ſich das Eigenthum vorbehalten hat? Carpzov L. 1. Reſp. 108 meynt, periculum rei venditae gehöre dießfalls ad venditorem. Allein Brunnemann geht beſſer ad L. 8 ff. de peric. et commod. rei vendit. von dieſer Meynung ab, denn dieſes Vorbehalts Abſicht iſt allein die Sicherheit der Forderung.

§. 11.

Der Verkäufer iſt zur Gewährleiſtung (ad evictionem praeſtandam) gehalten. Denn es iſt der Verkäufer verbunden, die Sache ſo zu übergeben, wie ſie iſt verkauft worden. Nun hat ſie der Verkäufer ſo verkauft, daß ſie der Käufer ſolle behalten können. Wenn es nun eine Sache iſt, die nicht ſein, ſondern einem andern iſt, ſo kann er ſie nicht behalten, denn der andere vindicirt ſie. Alſo obligirt ſich ein Verkäufer eo ipſo, auch die Gewährſchaft zu leiſten, d. i. den Preis zu erſetzen, und das In-

teresse dem Käufer zu erstatten, wenn die verkaufte Sache, z. B. ein Haus, ein Garten, von jemand in Anspruch genommen und vindicirt werden sollte. Das versteht sich aus des Verkäufers Verbindlichkeit von selbst, daher darf man beym Kauf von dieser Gewährleistung nichts gedenken, weil man beym Kauf, als einem Contractu consensuali, nicht alles, was sich von selbst versteht, und der Natur des Contracts gemäß ist, auszudrücken braucht. Wenn die Urthel widrig lautet, und der Verkäufer bey der Publication ist, der Käufer aber nicht appellirt, so muß es der Verkäufer thun, sonst giebt er zu erkennen, er habe kein Recht gehabt, die Sache zu verkaufen, wobey dem Verkäufer lis denunciirt wird, und dieses nicht zu dem Ende, daß er es wissen soll, wird ihm lis notificirt, sondern daß er kommen und beystehen soll, und zwar muß diese Litis Denunciatio gerichtlich geschehen. Es ist nicht genug, daß der Käufer an den Verkäufer schreibt, es gehe ihm wunderlich, sondern er muß es unter richterlicher Hülfe thun, alsdann müssen sie mit gesammter Hand sich defendiren. **Casp. Zieglers** Dissert. de Jure litem denunciandi. Wenn der Verkäufer sich zur Gewährleistung überhaupt verbindlich macht, auf was Art und Weise es geschehen möge, da wird er auch überhaupt verbunden. Wenn es heißt, mit Recht oder Unrecht, so muß man es verstehen, wenn ihm Tort gethan wird. Eine Cautel für den Verkäufer ist, daß er sage, er wolle die Sache rechtlicher Art nach gewähren, da ist er zu nichts mehr, als was in Gesetzen steht, verbunden.

§. 12.

Gleichwie aus dem Kauf und Verkauf eine Verbindlichkeit, als aus einem Contractu, und zwar eine Obligatio civilis, entsteht, so entsteht auch eine Klage aus dem Kaufvertrag, wodurch der Verkäufer gegen den Käufer, und dieser gegen den Verkäufer klagen kann. Und zwar entsteht eine Actio utrinque directa ex Emtione Venditione. Wie heißt diese? Antw. Actio Emti Venditi, welche mutua ist, nemlich dem Käufer gegen den Verkäufer, ingleichem dem Verkäufer gegen den Käufer, und einem jeden darauf zusteht, was in des Andern Verbindlichkeit enthalten ist. Daher kann der Verkäufer auf Bezahlung des Kaufschillings, der Käufer hingegen auf Auslieferung der verkauften Sache klagen. Wer muß aber zuerst den Contrakt erfüllen? Antw. der daraus klagen will.

§. 13.

Zu den gewöhnlichen Nebenverträgen des Kaufs gehört 1) das Pactum *Additionis in diem.* Dieses heißt dasjenige, kraft dessen dem Verkäufer erlaubt seyn soll, die Sache, z. B. sein Haus, auch nach dem Kauf, wieder an einen andern

andern, der dem Verkäufer binnen gewiſſer Zeit eine beſſere Bedingung anbletet, zu verkaufen, oder kraft deſſen der Kauf ſogleich ungültig ſeyn ſoll, ſo bald ein anderer kommt, und eine beſſere Bedingung anbieten oder mehr dafür geben wollte. Ich habe einen Garten, den ich verkaufen will, habe ſolchen auch ſchon ausgebothen, es iſt mir aber niemals genug darauf gebothen worden, endlich kommt mein Freund Cajus, und überredet mich, daß ich endlich ſage: wohlan, es mag ſeyn, um die 800 Rthlr. ſoll er ihn haben, unerachtet ich vorher 1000 Rthlr. verlangte, aber wenn ich binnen 1 Jahr einen andern Käufer bekomme, welcher mir mehr giebt, ſo muß der Herr den Garten wieder abtreten, das iſt Addictio in diem, und zwar iſt in dem erſten Falle das Pactum addictionis in diem per modum Conditionis ſuſpenſivae beygeſetzt, wenn nämlich ausdrücklich geſetzt worden iſt, daß der Kauf eher keine Richtigkeit haben oder vollkommen ſeyn ſolle, bevor innerhalb einer gewiſſen Zeit ſich nicht zeigen wird, daß einer für die Sache mehr geben wollte. Alsdenn erſt, wenn dieſe Zeit verfloſſen, iſt der Contrakt vollkommen, und alſo während der Zeit noch kein Eigenthum übergegangen, daher auch noch die Gefahr dem Verkäufer obliegt. Der Käufer genießt keine Fructus, er darf aber auch nicht den Caſum fortuitum übernehmen. Wenn es aber heißt, daß der Kauf ſeine Richtigkeit haben ſoll, ſo lange, bis etwa innerhalb einem Jahr ſich jemand melden, und mehr dafür bieten wollte, ſo hat das Pactum Addictionis in diem eine Conditionem reſolutivam bey ſich, die von der Wirkung iſt, daß das Eigenthum während der Zeit auf den Käufer, und damit auch die Gefahr übertragen worden iſt. Wenn alſo während der Zeit das Haus abbrennt, ſo brennt es dem Käufer ab. Um eben dieſer Urſache willen aber, weil doch der erſte Käufer bereits ein Recht auf die Sache erhalten hat, ſo hat er vor einem andern, der eine meliorem Conditionem nach ihm innerhalb der beſtimmten Zeit dem Verkäufer anbietet, den Vorzug, daß wenn er eben das ihm anbietet, er vorgezogen werden muß. Denn es gilt alsdann dem Verkäufer gleich viel, von wem ſeine Conditio verbeſſert wird. Wenn der erſtere Käufer ſie ihm ebenfalls zugeſtehen will, wie der, welcher nachkömmt, ſo hat er keine Urſache vom erſtern abzugehen. Es muß aber die beſſere Bedingung nicht allein aus dem größern Preis, ſondern auch überhaupt aus mehrern Vortheilen, die dem Venditori von einem andern, als dem primo Emtore offerirt werden, beurtheilt werden, da man von einem Kauf noch mehr Vortheil haben kann, als nur in Anſehung der Größe des Pretii. Z. B. der erſte Käufer kauft das Haus für 4000 Rthlr. in zwey Terminen zu bezahlen, ſtellt aber keinen Bürgen, nun kommt ein anderer, der eben ſo viel geben, jedoch einen Bürgen ſtellen will, das iſt melior Conditio. Eben ſo kann bey dem erſten Käufer wegen der Bezahlung vieles zu befürchten,

und die Bezahlung von dem andern Käufer viel besser zu erwarten seyn. Diese Conditio ist schon besser, und also, wo der erstere Käufer nicht gleich baare Bezahlung versprechen kann, so muß er das Nachsehen haben, wenn der Verkäufer von dem Contrakt abgeht, oder der Contrakt für nicht geschlossen erklärt, und sodann mit dem neuen Käufer getroffen wird.

Die bessere Bedingung (melior Conditio) kann auch nach dem gelegenern Zahlungsort bestimmt werden. Z. B. einer verspricht das Geld zu Frankfurt auf der Messe zu bezahlen, der andere aber sagt, er wolle es ihm sogleich, oder auf bestimmte Zeit ins Haus bringen, der erste giebt 1000 Rthlr. baar, das übrige verspricht er in Terminen, ein anderer aber bezahlt es auf einem Brett gleich ganz bey der Uebergabe, das sind allerdings meliores Conditiones.

§. 14.

Ferner haben wir auch den Legem *commissoriam* oder das *Pactum commissorium*, kraft dessen der Kauf, wenn auf eine bestimmte Zeit, z. B. binnen einem Jahr der Kaufschilling nicht erlegt werden sollte, für nicht geschlossen gehalten werden solle, oder wie man sagt: Res sit inemta. Weil dieses Pactum commissorium unter einer solchen Clausel beygesetzt wird, so ist klar, daß es eine Conditionem resolutivam in sich begreife. Es kauft mir einer meinen Garten ab, hat aber nicht baar Geld, ihn zu bezahlen, will also bis Ostern geborgt haben. Ich sage: ja ich will bis Ostern mit der Zahlung warten, aber wenn mir der Herr alsdenn das Geld nicht bezahlt, so will ich an den Contrakt nicht gebunden seyn, so ist dieses Pactum commissorium und resolutivum.

Aus dem Pacto Addictionis in diem ist zu ersehen, daß es nicht gleich viel gilt, ob ein Pactum eine Conditionem suspensivam oder resolutivam bey sich führet. Bey dem Lege commissoria hingegen ist allezeit die Conditio resolutiva, denn es heißt, wenn der Herr nicht auf die bestimmte Zeit mit seiner Bezahlung herbeykommt, so soll der Kauf nichtig, oder so anzusehen seyn, als wäre er niemals getroffen worden. Wenn der Kauf unter der Bedingung geschehen würde, wenn der Kaufschilling innerhalb einer bestimmten Zeit, z. B. innerhalb zwey Monaten bezahlt werden wird, soll der Kauf gültig seyn, so ist dieses eigentlich kein Pactum commissorium. Da nun das Eigenthum vorher schon übergeben worden ist, also ist die Wirkung dieser Clausel, daß wenn die Conditio resolutiva existirt, das Eigenthum für nicht übertragen zu halten, folglich ipso jure das Dominium bey diesem Lege commissoria auf den Verkäufer zurückfällt, und er solches von jedem Besitzer vindiciren kann. Und wenn

der

der Käufer auch während der Zeit die Sache an jemand andern verkauft haben ſollte, ſo ſteht doch dem Verkäufer noch Jure Dominii Rei Vindicatio zu, indem das Eigenthum für nicht übertragen zu halten iſt, dem aber, welchem das Eigenthum zuſteht, ſteht auch Rei Vindicatio zu. Es iſt auch nicht nöthig, daß der Verkäufer den Käufer gemahnt habe: Dies interpellat pro homine. Im Gegentheil, es hat mir einer für den verkauften Garten auf Faßnacht das Geld zu zahlen verſprochen, ich verreiſe und komme erſt nach Faßnacht wieder, er kommt während der Zeit, als ich nicht zu Hauſe bin, etlichemal zu mir, und will das Geld zahlen, kann ich alsdann ſagen: den Contrakt halte ich nicht? Nein. Ferner ſetze man, es verſpricht mir einer die Zahlung wegen des verkauften Gartens auf den Monat Febr., er kommt aber erſt im Monat März, kann ich es da noch annehmen, wenn er ſeine Moram purgirt? Antw. Ja, weil, ſo lang der Venditor ſich nicht erklärt, daß er mit dem Käufer nach dem ſtrengen Recht verfahren werde, Purgatio morae noch ſtatt hat.

§. 15.

Nun kommen wir auf den Vertrag, vermöge deſſen es erlaubt iſt, vom Kauf zurückzutreten, welches man einen Reukauf nennet. Es heißt ein Reukauf dasjenige Pactum, kraft deſſen dem Käufer und Verkäufer erlaubt ſeyn ſoll, von dem Contrakt abzugehen, wenn es ſie in einer gewiſſen Zeit etwa reuen ſollte, von welcher poenitentia oder Reue der Contrakt Reukauf genannt wird. Es heißt z. B. wer von beyden Partheyen vom Kaufe abgehen würde, ſoll ſo und ſo viel zum Reukaufe geben. Denn weil vielfältig einer dabey intereſſirt ſeyn kann, wenn der Contrakt wieder zurückgehen ſollte, ſo pflegt man ſich zum öftern auf den Fall, wenn man auch dem andern die Reue zugeſteht, eine Strafe auszudingen, welche ſtatt der Beſtimmung des Intereſſe gilt, damit nämlich über das Intereſſe nicht lange Streit ſeyn möge. Wenn da einen eine Reue ankommt, ſo muß er dieſe poenam conventionalem ſtatt des Intereſſe, das iſt, damni emergentis et lucri ceſſantis erlegen. So wird auch manchmal, und inſonderheit nach römiſchem Recht zu dem Ende eine Arrha gegeben, daß nämlich, wenn einen eine Reue ankäme, er wieder zurückgehen kann, dagegen er die Arrham fahren laſſen muß, welchenfalls der Contrakt noch nicht geſchloſſen iſt, ſondern nur zum Beweiſe des abzuſchließenden Contrakts eine Arrha gegeben wird, da ſonſt auch zum Zeichen des bereits geſchloſſenen Contrakts Arrha gegeben werden kann, wie hier bey dem Reukaufe der Contractus perfectus, und nur erlaubt iſt, wenn einen eine Reue ankommen ſollte, vom geſchloſſenen Contrakt wieder abzugehen, daß alſo poena hier nicht der Bezahlung des Kaufpreiſes, ſondern dem Reukauf beygeſetzt wird. Dieſe

Strafe kann willkührlich bestimmt werden. Das Handgeld ist bey einem Contrakt nicht nöthig, sondern es ist nur etwas Zufälliges. Z. B. Cajus wollte einem sein Haus abkaufen, dieser bietet es für 3000 Rthlr., ich will ihm 2500 Rthlr. geben, womit er aber nicht zufrieden ist, endlich setze ich 300 Rthlr. zu, und sage: da hat der Herr eine Louisdor darauf, besinne er sich, ob er es lassen will und kann. Hier ist der Contrakt noch nicht richtig, also hat Reue allerdings statt. Wenn aber der Contrakt geschlossen ist, und der Käufer ihn nicht halten will, so muß er die gegebene Arrham im Stiche lassen. Will aber der Verkäufer davon abtreten, so muß er noch zweymal so viel herausgeben, als die Arrha, die er bekommen hat, beträgt. Lauterbach hat eine Disput. zu Tübingen de Arrha geschrieben.

§. 16.

Was ist das Pactum de *retrovendendo*, oder der Wiederkauf? Derjenige Nebenvertrag, kraft dessen dem Verkäufer erlaubt seyn soll, nach zurückerstattetem Kaufschilling oder sonst für einen bestimmten Preis seine verkaufte Sache wieder an sich zu kaufen. Z. B. Titius verkauft ein Landgut, aber unter der Bedingung, daß, wenn er das Kaufpretium restituire, ihm das Gut wieder verkauft werden solle, so heißt dieses Pactum de retrovendendo, oder man sagt, es ist der Kauf auf einen Wiederkauf geschlossen worden. Nicht allein aber dem Verkäufer, sondern auch seinen Erben kommt der Wiederkauf zu statten, weil jeder für sich und seine Erben den Vertrag eingeht.

§. 17.

Dieser Vertrag kann so eingegangen werden, daß die Wiedereinlösung zu jeder Zeit dem Verkäufer freygestellt, und es also in das Belieben desselben gestellt wird, wann er die Sache wiederum einlösen, oder vielmehr wieder erkaufen will. Da ist das Jus redimendi eine willkührliche Sache, solche aber können nicht präscribirt werden, daher kann auch dieses Wiedereinlösungsrecht nicht verjährt werden. Und eben dazu wird die Clausel: Wann es belieben wird, beygesetzt, dadurch will man nemlich der Verjährung sich begeben, damit niemals, wenn der Verkäufer wieder kommen, und seine verkaufte Sache dem Käufer wieder abkaufen will, ihm Exceptio praescriptionis entgegen gehalten werden kann. Habe ich einen Garten also verkauft, daß ich mir zu ewigen Zeiten das Jus retrovendendi wolle vorbehalten haben, so kann ich ihn allezeit wieder an mich kaufen. Man hat aber auch Fälle, wo das Wiederkaufsrecht erlöscht, entweder in einer bestimmten Zeit, oder aber in der gewöhnlichen Zeit, wie persönliche Klagen überhaupt, wohin auch diese gehört, verjährt werden. Nemlich,

wenn ein Kauf cum pacto de retrovendendo geſchloſſen wird, und zwar nicht ſo, daß der Wiederkauf dem freyen Belieben des Verkäufers anheim geſtellt wird, ſo kann es auf zweyerley Art geſchehen, entweder wird eine gewiſſe Zeit geſetzt, als ein Terminus a quo, oder als ein Terminus ad quem. Wird ein Terminus a quo geſetzt, ſo findet ſtatt, was bey der Praeſcriptione actionum perſonalium überhaupt Rechtens iſt, da iſt aber Rechtens, daß alle Actiones perſonales in dreyßig Jahren präſcribirt werden. Alſo kann auch die Klage auf den Wiederkauf, oder ad redimendam rem venditam, als eine Actio perſonalis dreyßig Jahre lang erhoben werden. Ein anders aber iſt es, wenn per modum termini ad quem eine gewiſſe Zeit beſtimmt worden ſeyn ſollte. Wenn alsdenn dieſe Zeit verlaufen iſt, ſo kann die Wiedereinlöſung weiter nicht geſchehen, denn ſie iſt auf eine beſtimmte Zeit eingeſchränkt worden. Die Fälle werden die Sache klar machen. Titius ſagt zu ſeinem Verkäufer, es ſoll ihm nach zwanzig Jahren vergönnet ſeyn, die Sache wieder zu kaufen, ſo fragt es ſich, *wie* lang er nach zwanzig Jahren die Sache wieder kaufen kann, oder *wann* er ſein Jus redimendi exerciren muß? Da heißt es nun, er hat dreyßig Jahre lang Zeit dazu, denn er hat aus dem Pacto de retrovendendo eine actionem perſonalem erhalten, und die geht erſt nach dreyßig Jahren verlohren. Iſt ein Garten auf zehen Jahre verkauft, ſo muß ich dieſe erſt vorbey ſtreichen laſſen, nachher habe ich noch dreyßig Jahre Zeit. Laſſe ich aber auch dieſe vorbey, ſo bin ich meines Rechts verluſtig. Verkaufe ich aber meinen Garten wiederkäuflich auf 25 Jahre, da ſteht es mir frey, in 5, 10, 15 Jahren ſolchen wieder zu kaufen. Melde ich mich aber unter der Zeit gar nicht, ſo kann ich auch hernach mein Recht nicht exerciren. Anders verhält ſichs alſo in dem Fall, da man per modum Termini ad quem die Zeit beſtimmt. Es ſagt einer, innerhalb 10 Jahre ſoll dem Mevius ſeinem Verkäufer die Wiedereinlöſung erlaubt ſeyn, ſo iſt das tempus per modum termini ad quem beygeſetzt. Wenn die Zeit alſo vorüber iſt, ſo fällt auch die Befugnis zur Wiederlöſung weg, und iſt dem Verkäufer nicht weiter erlaubt, die Sache einzulöſen, ſondern ſein Jus iſt mit dem Ablauf der Zeit erloſchen. Alſo iſt ein großer Unterſchied, und man muß ſich genau in Acht nehmen, wenn man auf einen Wiederkauf einen Kauf eingehen will, daß man unterſcheide, wie man die Zeit anhängt, *intra quod*, vel *poſt quod elapſum*, retrovenditio fieri debeat.

§. 18.

Struv ſagt, wenn man die Sache wieder kaufen wolle, müſſe man gemeiniglich den erhaltenen Kaufſchilling, oder aber ſo viel wieder geben, als nach dem Einverſtändnis der Sache rechter Werth zur Zeit des Wiederkaufs ſeyn könne. Allein

das

das Letztere ist die Regel, und das Erste die Ausnahme. Es ist nämlich die Retrovenditio, wenn sie ausgeübt wird, ein neuer Kauf, es ist eben so, als wie wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer wieder von neuem abkaufte, und nur dieses des Wiederkaufs Absicht gewesen wäre, daß der Käufer die Sache verkaufen muß, da er sonst, wenn er die Sache nicht sub pacto de retrovendendo an sich gebracht hätte, nicht verbunden ist, sie zu verkaufen, sondern ihm frey steht, ob er sie verkaufen will oder nicht. Ist aber Retrovenditio ein neuer Kauf, so darf er die Sache nicht verabfolgen lassen, als wie er sie an sich gebracht hat, sondern nach dem Werth, den die Sache tempore Retrovenditionis hat. Z. B. es hätte einer sein Haus wiederkäuflich an einem Orte verkauft, wo keine Residenz wäre, daß also das Haus nicht viel gegolten hat. Zur Zeit aber, da die Retrovenditio geschieht, ist eine Residenz in die Stadt gekommen, und sind also die Häuser viel theurer worden, so muß der Verkäufer bezahlen, was das Haus zur Zeit des Wiederkaufs werth ist, und darf der Käufer nicht mit dem vorigen Kaufschilling vorlieb nehmen, denn es ist ein neuer Kauf. Soll das Gegentheil statt finden, so muß es ausdrücklich ausbedungen worden seyn, daß nämlich der Käufer zufrieden seyn solle, wenn ihm sein Kaufschilling wieder zurückgegeben seyn wird. Ich verkaufe z. B. dem Tirius mein Haus wiederkäuflich auf 12 Jahre, um eben die 4000 fl., so es mich gekostet hat, und welche ich ihm beym Wiederkauf wieder geben wolle. Sind die 12 Jahre vorbey, und ich kaufe das Haus wieder an mich, so muß ich ihm eben die 4000 fl. wieder geben. Haben wir aber keine Abrede genommen, so heißt es: im Zweifel ist die Vermuthung für die Regel, mithin muß, wenn es nur heißt, es soll das Haus wiederkäuflich verkauft seyn, das Haus nach dem Werth äestimirt werden, den es tempore Retrovenditionis hat. Weil nun der Käufer der Eigenthümer der Sache ist, so genießet er 1) alle Fructus, 2) bekommt er den Schatz, so er findet, 3) fällt aber auch der Zufall auf ihn. Wenn nun die Sache wieder gekauft wird, oder dem Wiederkäufer gegen den Kaufschilling, der ihm bezahlt worden, zurückgegeben werden muß, so versteht sich auch, daß er dieselbe nicht anders verlangen kann, als er sie weggegeben hat, und nicht besser, da man in Bestimmung des Werths auf die innerliche Schätzung der Sache gesehen hat. Deswegen muß der Verkäufer auch dem Käufer die Impensas utiles und die necessarias, die er nämlich aufgewendet hat, z. B. wenn er einen Hauptbau aufgeführet haben sollte, ersetzen, sonst würde sich der Käufer mit seinem Schaden bereichern. Hingegen, da er doch während der Zeit als Eigenthümer die Früchte gezogen hat, so ist er auch gehalten, die Impensas, welche zur Erlangung der Früchte nöthig sind, oder auch sonst Impensas necessarias, wenn sie eben nicht auf beständig verwendet worden sind, oder die Sache erhalten,

selbst

ſelbſt herzuſchieſſen. Allein in dem Fall iſt es anders, wenn zur Zeit des Wiederkaufs die Sache nach dem Werth geſchätzt wird, den ſie zu derſelben Zeit hat, da iſt es anzuſehen, als ein neuer Kauf, und wird der Kaufſchilling nach Verhältnis des Werths, den die Sache gegenwärtig hat, beſtimmt. Die Quantität dieſes Werths aber hängt auch von Impenſis utilibus und neceſſariis, die während der Zeit darauf ſind verwendet worden, ab. Darum darf alsdann der Verkäufer dieſe Impenſas dem Käufer nicht erſetzen. Da das der Natur der Retrovenditionis gemäß iſt, ſo muß das Gegentheil beſonders verabredet werden. Nun kann es auch kommen, daß fructus pendentes tempore Retrovenditionis vorhanden ſind, da ſagt Struv, daß dieſelben unter dem Käufer und Verkäufer nach Verhältnis der Zeit zu theilen ſeyen, wie einige Doctores meynen, denn er ſagt: Volunt. Allein es iſt in den Rechten nicht gegründet. Andere behaupten daher das Gegentheil. Denn in Rechten iſt ausgemacht, daß die fructus pendentes als ein Theil des Grundſtücks mit dieſem zurückgegeben werden müſſen, ausgenommen, was wegen der Früchte ſelbſt iſt verwendet worden. Titius kauft einen Acker wiederkäuflich, der Verkäufer übt ſein Jus redimendi, aber zu einer Zeit, da eben alles aufs beſte, und zwar noch auf dem Felde ſteht, aus, ſo fragt ſichs, wie es da zu halten iſt? Antw. Nach dem vorangeführten Rechtsſatz müſſen die Früchte, die noch auf dem Felde ſtehen, dem Verkäufer zugleich mit dem Grundſtück zurückgegeben werden, aber die Ausſaat und der Arbeitslohn hingegen muß dem Käufer erſetzt werden, und das alles, weil nemlich die Fructus pendentes zu dem Fundo mit gehören, oder als ein Theil deſſelben anzuſehen ſind. Johann Heinr. Bergers Diſſert. de Jure et pacto retrovendendi. Thomaſii Diſſ. de Vſu Practico diſtinctionis inter Emtionem cum Pacto de Retrovendendo et Contractum pignoratitium.

§. 19.

Manchmal wird auch ein Vertrag eingegangen, daß dem Käufer erlaubt ſeyn ſolle, die Sache wieder wegzugeben, dergeſtalt, daß der Verkäufer ihm den Werth wieder zurückgeben muß, wann es ihm beliebt, oder auch innerhalb einer gewiſſen Zeit. Nun kann gar leicht hiebey Wucher unterlaufen, denn es kann einer dem andern, weil es verbothen iſt, von ihm mehr als rechtmäßige Zinſe anzunehmen, ſein Grundſtück anweiſen, und unter der Bedingung verkaufen, daß wenn das Kapital abgelegt wird, er auch alsdann wieder dieſen Fundum verkaufen oder offeriren, während der Zeit aber ſtatt der Zinſe die Sache weit über die erlaubte Art benutzen kann. Weil nun Wucherey verbothen iſt, ſo hat man auch dieſen Vertrag, wenn ſolche mit darunter verſteckt iſt, nicht erlauben können. Jenes, meynte man ehemals, ſtecke unter dem Kauf jährlicher Renten.

§. 20.

Das Pactum de *Retrahendo* ist eines der allerwichtigsten. Denn was in specie den Retractum gentilitium anbetrift, so ist derselbe unter dem Adel sehr gewöhnlich, und doch versteht man diesen Retractum gentilitium, wovon Reincking besonders geschrieben hat, nicht, wo man nicht die Materie de Retractu überhaupt versteht. Das Pactum de Retrahendo ist überhaupt dasjenige, kraft dessen der Käufer, wenn er die Sache verkaufen sollte, für das, was ein anderer dafür anbeut, sie einem zu verkaufen gehalten seyn soll. Man sieht leicht, daß es dem Käufer und Verkäufer so belieben kann, mit einem andern zu contrahiren, denn es steht dem Verkäufer frey, ob er schlechthin, oder aber unter Bedingung das Seinige dem Käufer verkaufen will, und also kann er auch diese Bedingung anhängen, daß er sie dem Verkäufer vielmehr, als einem andern gegen eben das, das ihm ein anderer dafür geben will, wieder verabfolgen lassen soll. Das Recht nun, das ein Verkäufer aus diesem pacto erhält, heißt Jus *Protimiseos*, auf teutsch, der Vorzug oder das Näherrecht, Jus praelationis. Z. B. Titius verkauft dem Sempronius einen Garten, behält sich aber das Jus protimiseos vor, d. i. wenn Sempronius denselben wieder verkaufen sollte, er das Vorrecht haben solle, wenn er eben das geben wollte, was ein anderer giebt. Das ist ein sehr großes Vorrecht. Denn es kann Titius den Garten aus Noth haben verkaufen müssen, erholt sich aber wieder bis dahin, da Sempronius den Garten wieder verkaufen will, der ihm sehr vortheilhaft ist. Eben deswegen, weil das Jus Protimiseos einem einen Vortheil bringt, wird es auch manchmal ohne Vertrag, und schon durch die Gesetze, einem eingeräumt, z. B. zur Erhaltung der Familien, damit nämlich die Güter von Familien nicht abgebracht werden.

Das Jus Protimiseos und Jus *Retractus* werden gemeiniglich unterschieden, hingegen aber auch manchmal vermischt genommen. Eigentlich heißt Jus Protimiseos das Vorrecht, das einer hat, wenn der Kauf noch nicht vollkommen ist, einzutreten, und gegen Erfüllung der Vertragsbedingungen einen andern Käufer auszuschließen. Hingegen Jus Retractus heißt eigentlich dasjenige Recht, kraft dessen man einen Kaufcontrakt aufheben, und gegen das, was der Käufer dem Verkäufer bezahlt hat, wenn es demselben erlegt wird, die verkaufte Sache an sich bringen kann, daß also das Jus Retractus einen bereits geschlossenen Kauf voraussetzt, welcher nemlich aufgehoben, hingegen mit einem andern Käufer wieder geschlossen wird. Z. B. wo der Contractus gentilitius statt findet, kann es geschehen, daß wenn der Vater ein Gut verkauft, und es ein anderer wirklich

schon

ſchon in Beſitz bekommen hat, der Sohn dagegen klagt, damit der Contrakt mit dem Fremden aufgehoben werde, und hingegen er eintreten möge, der Vater alſo zufrieden ſeyn muß, wenn er bekommt, was ihm der andere verſprochen oder auch ſchon wirklich bezahlt hat. Da wird demnach des Käufers Perſon verändert, und tritt ein anderer in des vorigen Käufers Stelle ein. Manchmal aber gebraucht man den Ausdruck untereinander, und nennt Jus Retractus überhaupt das Vorrecht, das man bey einem Kauf und Verkauf hat, kraft deſſen man nämlich andern, wenn man eben ſo viel giebt, als ſie, vorgezogen werden muß. Man kann hievon mit mehrerm nachleſen **Böhmer** de Fundamento duplici Retractus. **Walchs** Näherrecht, II Ausgabe.

§. 21.

Das Jus Retractus, oder auch Vorrecht, wird in Jus Retractus *Legale* et *Conventionale* eingetheilt. Jus Retractus Conventionale heißt dasjenige, welches durch einen Vertrag erhalten wird, Jus Retractus Legale aber, welches aus den Geſetzen erhalten wird. Wie man nun aus einem Vertrag kein andres Recht, als ein perſönliches, und eine Actionem perſonalem erhalten kann, alſo iſt auch das Jus Retractus Conventionale ein Jus perſonale, und es entſpringt nur Actio perſonalis daraus. Daher kann ich mich an einen dritten Beſitzer der Sache nicht halten. Wenn daher einer ohne vorhergehende Benachrichtigung an den, der das Näherrecht hat, einem Dritten verkauft, ſo kann gegen den Verkäufer aus dem Kauf von dem, der das Näherrecht hat, geklagt werden. Er kann gegen den Verkäufer proteſtiren und bitten, daß die Sache dem Käufer nicht, ſondern vielmehr ihm, vermöge ſeines Juris Retractus für den nemlichen Kaufſchilling möge tradirt werden. Der Fall iſt dieſer: Ich verkaufe dem Mevius mein Haus, und bedinge mir auf den Fall, da er es wieder verkaufen ſollte, den Vorkauf oder das Jus Retractus. Nun will Mevius das Haus wieder verkaufen, und ſagt mir nichts davon, ſo hat man zu unterſcheiden, ob die Traditio ſchon geſchehen ſey oder nicht. Iſt die Traditio noch nicht geſchehen, ſo kann ich dagegen einkommen, und bitten, daß er das Haus mir überlaſſen müſſe. Iſt aber die Traditio ſchon geſchehen, ſo kann ich mich, vermöge meines Juris Retractus, an den dritten Beſitzer nicht halten, weil ich nur ein perſönliches Recht habe. Unterdeſſen hat doch der andere mich in Schaden gebracht, ja wohl gar doloſe gehandelt, wenn er gewußt hat, daß ich ein Jus Retractus habe. Daher kann ich auch noch nach geſchehener Uebergabe gegen den Verkäufer auf die Schadloshaltung klagen. Ein andres aber iſt es, wenn ich mir ſogleich das Haus wegen dieſes Rechts unterpfandlich hätte verſchreiben laſſen. Ich habe zur Zeit des Contrakts gefürch-

tet, daß wenn ich mir auch gleich das Jus Retractus reservirte, könnte es doch geschehen, daß der Käufer auf mich nicht Rücksicht nehmen, und ohne es mir anzuzeigen, das Haus verkaufen könnte, und nachher könnte ich meinen Regreß wieder nicht an ihn nehmen, da er nichts hat, lasse mir daher zu Erhaltung meines Näherrechts ein Unterpfand verschreiben, da ist klar, daß ich hierdurch Actionem hypothecariam seu realem erhalte. Denn das Unterpfand ist ein Jus reale, und deswegen kann ich mich an einen jeden dritten Besitzer halten.

Dieses hat also auch statt, wenn einem das Jus Retractus vermacht worden ist. Titius sagt: den Mevius setze ich zu meinem Erben ein, sollte er aber mein Haus verkaufen, so soll dem Lucius das Vorrecht vermacht seyn. Denn es ist bekannt, daß Legatarius ein stillschweigendes Unterpfand hat, vermöge dessen er gegen jeden dritten Besitzer klagen kann. Z. B. ein guter Freund vermacht mir das Näherrecht an seinem Garten, der Erbe aber ist so schlechtdenkend, und sagt mir nichts davon, sondern verkauft ihn an einen andern, da kann ich gegen einen Dritten eine dingliche Klage anstellen, weil ich eine stillschweigende Hypothek auf diesem Garten durch das mir vermachte Näherrecht habe.

§. 22.

Unterdessen erfordert das Jus Retractus allemal einen Kaufschilling oder einen Vertrag über diesen, denn es setzt voraus, daß dem Verkäufer ein Aequivalent gegeben wird, so daß es ihm gleich viel gelten kann, wem er künftig seine Sache überläßt, wenn er nur gleichviel in beyden Fällen bekömmt, das findet aber blos bey Verträgen in baarem Geld statt. So sind aber z. B. die Tausch- und Schenkungsverträge nicht beschaffen. Wenn ich einem ein Haus schenke oder vertausche es mit einem andern, das mir gelegener ist, so gilt es dem Verkäufer oder ehemaligen Käufer nicht gleich viel, weil er für seine Sache kein Geld anzunehmen Willens ist, mit wem er contrahirt, ob er z. B. das Pretium für sein Haus bekommt, oder ob er ein bequemeres Haus bekommt, wogegen er das Seinige vertauschen darf. Gleichergestalt, wo Sachen, die einem verkauft worden, und woran der andre ein Jus Protimiseos hat, ohne den Verkauf durch Erbschaft zugefallen wären, da muß auch das Jus Retractus wegfallen, denn wenn man ja den Verkauf nicht eingegangen hätte, so wäre doch die Sache an den Erben gekommen, mithin kann sich der andere nicht beschweren, wenn es auf ihn durch einen Verkauf übertragen wird. Daher fällt das Jus Retractus, wenn einer seinen Kindern etwas verkauft, oder andern, die ihm ab intestato succediren, weg, denn ob der andere die Sache wegen des Erbschaftsrechts oder aber wegen des Kaufs missen muß, das ist gleich viel, wollte

er

er Einſpruch thun, ſo ſagt der andere, es iſt gut, ich will es gar nicht verkaufen; es fällt doch Jure hereditario auf den, der ihm ab inteſtato ſuccedirt, folglich wäre keine Urſache vorhanden, warum man es ihn nicht auch wollte verkaufen laſſen, ohne daß der andre ſein Näherrecht ausüben kann. Daher ſetzt das Jus Protimiſeos allemal Fremde, oder nicht zur Familie Gehörige, voraus.

§. 23.

Das Jus Protimiſeos conventionale, wie auch ex Teſtamento, kann gewöhnlich abgetreten werden, wo es nicht auf eine gewiſſe Perſon beſchränkt iſt. Denn der Regel nach können alle Rechte, die man ex Contractibus und aus Teſtamenten erhält, abgetreten werden. Man kann es alſo verkaufen, vertauſchen und verſchenken, denn wo man nichts ausdrückliches verabredet oder vorbehält, will man durch den Contrakt ein ſolches Recht erhalten, worüber man frey ſchalten kann. Ein andres iſt es, wenn der Käufer nicht anders in das Jus Protimiſeos hat einwilligen wollen, als auf den Fall, daß es perſonaliſſimum, d. i. auf die Perſon des Verkäufers lediglich eingeſchränkt ſeyn ſolle. Einen ſolchen Vertrag kann er anhängen, da er freywillig demſelben das Jus Protimiſeos einräumt.

§. 24.

Jus Protimiſeos legale heißt, welches man aus den Geſetzen erhalten hat. Dieſes wird auch manchmal vorzüglich Jus Retractus genannt. Nun iſt freylich hieraus ſogleich klar, daß dieſes Jus Retractus verſchieden ſeyn müſſe, nachdem die Jura communia oder particularia ſind. Entſpringt es ex Jure communi, ſo iſt es ein Recht, das allenthalben gilt, wo nämlich das Jus commune gilt. Sind aber die Jura particularia, oder beſondre Conſuetudines, z. B. es iſt eine thüringiſche Conſuetudo, ſo muß auch das Jus Retractus particulare ſeyn, und muß derjenige, der ſich an einem Orte das Jus Protimiſeos anmaßt, und in der Gewohnheit ſich begründet, dieſe erweiſen. Auſſer dem Jure Retractus ratione Dominii directi nun iſt keine Species in unſerm Reiche allgemein angenommen, denn blos dieſe Species iſt in Jure Romano communi begründet, von den andern weiß das Jus romanum nichts. Man beruft ſich zwar auf eine Conſtitutionem Friderici IIdi, welche Lib. V. Feudorum 13 befindlich iſt, allein dieſe Conſtitutio iſt noch ſehr zweifelhaft. Man weiß erſtlich nicht, wo ſie gemacht iſt, noch 2) für was für eine Provinz ſie gelten ſoll, oder ob ſie univerſalis ſeyn ſoll, wie Horn in ſeiner Jurisprudentia feudali wohl ausgeführt hat. Es geht demnach nicht an, aus dem Retrakt vermöge dieſer Conſtitution ein Jus univerſale zu machen. Folglich hat man in dieſer Materie de Jure Retractus legalis

galis auf eines jeden Orts Gewohnheiten und sonstige Jura localia oder particularia zu sehen. Deswegen kann man auch nicht vermuthen, daß wenn sich einer auf einen Retrakt beruft, ihm Jus Retractus zustehe, sondern wo es nicht bekannt ist, z. B. nicht die Consuetudo notoria ist, muß er beweisen, daß das Jus Retractus an dem Ort statt findet, wo ers ausüben will. Z. B. wenn er es wegen der Nachbarschaft exerciren will, zu Marburg geht dieses nicht an, wie im Thüringischen.

§. 25.

Nun kommen wir auf die erste Speciem Retractus legalis. Ueberhaupt gründet sich der Retractus legalis, wo er statt findet, in der Billigkeit, kraft der einer, welcher bereits ein Recht an einer Sache hat, vor dem andern einen Vorzug haben soll, und derjenige, dem etwas nicht schadet, das einem andern aber Vortheil bringt, dazu gezwungen werden kann. Das ist der allgemeine Grund Juris Retractus legalis. Besonders ist daraus schon Jure Romano der Retractus geflossen. Denn wenn nach obigem der Erbzinßmann seine Erbleihe verkaufen will, so muß er sie seinem Herrn oder Domino directo anbieten. Wenn ihm also derselbe dafür geben will, was ihm ein andrer dafür offerirt, muß er sie ihm dafür verabfolgen lassen, vermöge der Verordnung des Juris Romani, welches bey uns als ein Jus commune gilt, daher dieses ein Jus Retractus commune legale ist, und zwar um deswillen, weil der Dominus directus schon an der Sache das Dominum directum hat, und daher billig ist, daß er einen Vorzug vor einem andern habe, der noch gar kein Recht zu der Sache hat. Wozu noch kommt, daß er besonders dabey in Ansehung seines Eigenthums interessirt ist, damit es endlich einmal ihm auch durch die Nutznieſſung nützlich werden kann, worauf er doch selbst bey der Constitutione Emphyteuseos nach der Natur derselben sieht, indem er ein Praedium sterile weggegeben hat, das er wieder gebaut erhalten möchte. Dieses ist wegen der gleichen Gründe auf die Zinßgüter und Lehen auch zu erstrecken. Es ist aber etwas beschwerliches, wenn ein andrer an einer Sache ein Jus Protimiseos hat, daher es stricte interpretirt werden muß. Wenn demnach gleich ein Adelicher das Recht die bona Censitica zu retrahiren hat, wenn seine Censiten dieselben verkaufen wollen, so kann er doch das Jus Retractus nicht auf andere Güter derselben erstrecken, die ihnen Jure pleno zustehen, z. B. auf Eßwaaren, die sie verkaufen, oder alles, was zum Essen und Trinken gebraucht wird, wo nicht eine besondere Gewohnheit vorhanden wäre, dergleichen man bey Wernher in seinen Observationibus findet. Er bemerkt aber zugleich, daß, weil man diesen Retractum stricte interpretiren müsse, diese Gewohnheit, wenn sie nur auf Eßwaaren, welche sie

vorher dem Edelmann, ehe sie dieselben an andere verkaufen, anbieten müssen, gerichtet ist, auf Sachen, die man zum Trank gebraucht, sich nicht ausdehnen lasse.

§. 26.

In Ansehung des Geliehenen haben ebenfalls die Gläubiger ein Jus Protimiseos. Es entsteht ein Concurs über das Vermögen eines Schuldners, und zum Behuf desselben wird sein Vermögen verkauft, und es will einer von den Creditoribus einstehen, so hat derselbe ein Vorrecht vor andern, wenn ihnen dasselbe noch nicht wirklich zugesprochen ist, denn die Gläubiger haben schon ein Jus auf die Güter des Schuldners, und daher vermöge desselben, und nach der Billigkeit, wie in ersterm Falle, einen Vorzug. Des Mevius Grundstücke werden verganthet, und es bietet ein Fremder 800 Rthlr., ein Creditor desselben auch so viel, so wird der Letztere dem Erstern vorgezogen. Item, Titius Garten wird subhastirt, ein Creditor hat 1000 Rthlr. an ihn zu fordern, er bietet 2000 auf den Garten, ein anderer Creditor, welcher nur 800 Rthlr. zu fordern hat, bietet auch 2000 Rthlr., so wird der Erstere dem Andern vorgezogen, weil er mehr zu fordern hat. Sind es mehrere, welche gleiche Summen zu fordern haben, so gilt das Vorkommen, verlangen sie es aber zu gleicher Zeit, so entscheidet das Loos. Ein Gläubiger, der dem Schuldner verwandt ist, wird andern vorgezogen. An einigen Orten aber hat derjenige einen Vorzug, welcher zuerst auf die Sache gebothen, wenn er auch das geben will, was der letzte Licitator hat geben wollen, so daß er immer den andern abbieten kann. Denn wenn einer z. B. zuerst 1000 Rthlr. auf die Sache bietet, und einer kommt, der 2000 Rthlr. bietet, so kann jener immer wieder darauf bieten, und den andern steigern. Das findet statt in Sachsen, wie Struv bezeuget. Im Churfürstenthume Sachsen hingegen ist es aufgehoben, an andern Orten aber, insonderheit wo die Subhastatio durch den Glockenschlag, oder bey einer brennenden Kerze, oder von vier Wochen zu vier Wochen geschieht, da bleibt dem, der das letztemal am meisten gebothen hat, die Sache.

§. 27.

Auch Nachbarschaft giebt ein Jus Retractus, welches auch Jus *congrui*, das Gespülde-Recht heißt. Denn es erfordert dasselbe eine wirkliche Absonderung eines Theils vom Ganzen, und zwar, wenn man die Constitutionem Friderici II. betrachtet, geht es nicht ohne Unterschied auf die Vicinitatem, sondern nur auf diejenigen Güter, die schon einmal bey einander gewesen sind, daß man sie wieder zusammen bekommen kann, wenn nemlich eines von denselben

ben wieder verkauft werden sollte, nicht aber auf Grundstücke, die niemals bey einander gewesen sind, oder deren eins oder ein Theil niemals ein Ganzes mit dem andern ausgemacht hat. Heut zu Tage aber, wo das Jus vicinitatis statt findet, findet es überhaupt auch contra istam Constitutionem Friderici II. statt. In Fällen, wo nur Ratione Vicinitatis einer vor dem andern einen größern Vortheil haben könnte, wenn auch gleich die Güter niemals zu einander gehört haben, z. B. wenn mein Nachbar sein Haus an einen andern Bürger verkauft, welcher etliche Gassen von ihm wohnt, kann ich sagen: ich bin näher dazu, verkauft mir das Haus. Oder ich habe einen Garten, daran hat mein Nachbar auch einen, nun will mein Nachbar seinen Garten verkaufen, so habe ich freylich viel mehr Vortheil davon, als ein andrer, weil der Garten mir sehr gelegen ist, wegen meines Gartens, der wirklich daran gelegen ist. Da ist freylich billig, daß, da es ihm gleichviel gilt, von wem er den Garten bezahlt bekommt, wenn er nur immer gleichviel bekommt, daß er mir vielmehr den Garten überläßt, als einem andern, der nicht so viel Vortheil davon hat. Allein dieses Jus Retractus hat nicht an allen Orten statt, und wo nicht das Herkommen bekannt ist, da muß es erwiesen werden. In Thüringen hingegen ist es notorisch, was aber notorisch ist, das bedarf niemals einen Beweis, man kann das aus den Antiquitatibus Ducatus Thuringiae des Sagittarius sehen. Der Grund war, weil nämlich die Thüringer nach Art der alten Teutschen überhaupt darauf bedacht gewesen sind, daß die Bona nicht möchten getheilt werden, sondern bey einander verbleiben, die nahe bey einander liegen. Es kann auch freylich dadurch viel Streit verhütet werden. Denn zwischen Nachbarn, die zumal manchmal unter Einem Dache wohnen, kann großer Streit vorfallen, der verhütet wird, wenn die Güter bey Einem verbleiben können, und also, wenn es angeht, hat man dafür gehalten, daß es besser sey, wenn man sie Einem läßt, als vielen, die nachdem gleichsam dadurch in eine Gemeinschaft kommen. Ausser Thüringen aber ist es ganz etwas besonders, wenn das Jus Retractus statt findet. Z. B. in Marburg gilt das Jus congrui nicht, und daher kann man sich nicht darauf berufen, obgleich in den Compendiis Juris von diesem Jure Retractus gehandelt wird. Denn es wird doch auch gelehret, daß dieses Jus congrui nicht anders statt finde, als wo es erwiesen werden kann. Fritsch hat de Jure congrui überhaupt geschrieben. Insbesondre aber heißt Jus congrui dasjenige Recht, kraft dessen man die Grundstücke, die ehemals vereiniget gewesen, nachmals aber getrennt worden sind, wieder fordern kann, mit einander zu vereinigen. Dies geschieht dadurch, daß man in den Contrakt, welchen der bisherige Besitzer mit einem andern eingehen will, eintritt. Siehe hievon weiter nach Müllers Dissert. de Retractu ex vicinitate, et quid circa hunc Laubae actum. Hanaccius

in Diſſ. de Praediis principaliter diviſis, Jure congrui non retrahendis.

§. 28.

Wir haben auch eine Art des Retrakts in Anſehung der Gemeinſchaft. Hier werden Güter, welche ungetheilt beſeſſen werden, erfordert, da hingegen das Jus Retractus, ſeu congrui bona ſupponirt, die pro diviſo beſeſſen werden. Z. B. Mevius und Sempronius haben ein Haus in Gemeinſchaft. Mevius will nun ſeinen Antheil, den er am Hauſe hat, verkaufen, ſo fragt es ſich, ob da nicht Sempronius das Jus Protimiſeos hat? Antw. Ja, in Anſehung deſſen, daß er auch einen Antheil an dem Hauſe hat, denn ſo kann er mehr Vortheil davon haben, wenn ihm der Andre ſeinen Antheil überlaſſen muß, als ein anderer. Dadurch kommen auch beyde aus der verhaßten Gemeinſchaft. Es iſt aber bekannt, daß in Rechten die Gemeinſchaft für die Mutter des Streits gehalten wird, und daher hat man hier wieder den Gemeindern das Jus Protimiſeos eingeräumt, aber nur auch wieder an einigen Orten, überall iſt es nicht. Wenn ſich alſo einer darauf beruft, ſo muß er es um ſo mehr beweiſen, als dieſe beyde Arten der Retrakte libertatem commerciorum ſehr einſchränken. Es kann hiebey Gudenus de Venditione invita praediorum ſubditorum in Luſatia Superiori, Item Siegel de Jure congrui in Thuringia nachgeſchlagen werden.

§. 29.

Das Jus Protimiſeos *ratione Incolatus* iſt dasjenige, kraft deſſen die, welche von einer Gemeinde ſind, die Bona der andern, welche ſie verkaufen wollen, vor Fremden an ſich kaufen können. Das iſt auch wieder ein Vorrecht, und deswegen eingeführt, daß die Güter nicht an Fremde gebracht werden mögen, worauf inſonderheit wieder die Thüringer geſehen haben, bey welchen das Jus Retractus ohne Zweifel am weiteſten erſtreckt worden iſt, nicht nur in Anſehung der Nachbarſchaft und Verwandtſchaft, ſondern auch ſelbſt in Anſehung des Incolatus, dergeſtalt, daß allemal in Thüringen ein Einheimiſcher vor Fremden ein Vorrecht hat, wenn Grundſtücke verkauft werden. Man hat es aber auch manchmal bey Dörfern, daß diejenigen, ſo aus einem Dorfe ſind, ein Vorrecht beym Verkaufe der Güter vor Fremden haben. Jedoch iſt es auch wieder etwas nicht allgemeines. Wenn daher ſich einer darauf beruft, ſo muß er auch wieder beweiſen, daß dieſer Retractus ratione Incolatus an einem Orte eingeführt iſt. Er hat aber Grund, und kommt es dabey nur auf das Bürgerrecht, das einer an einem Orte hat, an, denn man will, daß die Bürger an

einem Orte die Güter sollen besitzen können, nicht aber Fremde, weil jene alle Lasten abtragen müssen, diese aber ihnen durch die Güter oder Fructus aus denselben erleichtert werden können. Es kann aber einer das Jus civitatis an einem Orte haben, wenn er auch gleich seinen Wohnsitz allda nicht hat. Deswegen hat man bey diesem Retrakte, wo er eingeführt ist, nicht auf den Wohnsitz, sondern blos auf das Bürgerrecht zu sehen.

§. 30.

Ausser diesen jetzt angeführten Gattungen des Näherrechts hat man auch noch endlich den Geschlechtsanfall, daß nämlich auch die Anverwandten ein Vorrecht haben, wenn Güter ihrer Verwandten verkauft werden. Dieser Retractus ist nach dem römischen Recht nicht gegründet, vielmehr weiß man, daß Diocletianus, Maximianus und Valentinianus denselben für ungereimt gehalten haben. So war es auch Anfangs Jure graeco. Aus des Cujacius Commentario aber ad Librum IV Feudorum ersieht man, daß die griechischen Kayser schon diesen Retrakt für etwas billiges gehalten haben. In Teutschland ist er ehemals auch allgemein gebräuchlich gewesen, weil man dadurch Güter bey einer Familie erhalten kann, und die alten Teutschen sehr darauf gesehen haben, daß die Güter von einer Familie nicht wegkommen, sondern, um dieselbe beym Glanz zu erhalten, beständig beybehalten werden, welches durch diesen Retractum consanguinitatis oder gentilitium geschehen kann. Friedrich II in der obenangezogenen Constitution hat nun diesen Retrakt auch gebilliget. Allein, da diese Constitution nicht gar zu gültig ist, so gilt er doch nicht im ganzen Reiche. Wo er auch eingeführt ist, ist er doch nicht an allen Orten auf gleiche Weise eingeführt. So geht er in Chursachsen blos auf die Kinder, daß demnach blos Kindern, nicht aber Seitenverwandten großelterliche Güter anfallen können. Hingegen an andern Orten ist es anders, da können gar die Schwestern, wo es nämlich auf die Erhaltung ganzer Geschlechter ankommt, und auch darauf gesehen wird, daß die Töchter sich nicht ausser den Geschlechtern verheyrathen, ein Jus Retractus haben. Um welcher Ursache willen ja selbst alle Güter mit einem Fideicommisso Familiae belegt werden können, so daß auch die Töchter, was sie bekommen, mit einem Fideicommisso beschwert bekommen, und es auf die nächsten Vetter und Baasen fällt, wenn eine ohne Kinder stirbt, damit es bey einem Geschlecht verbleibt. Also hat man sich dießfalls nach eines jeden Orts Gewohnheit und besondern Rechten zu richten. In einigen Orten, als wie in Lübeck, ist erlaubt, selbst auch neuerworbene Güter der Verwandten, und nicht nur Bona avita, die von den Voreltern herkommen, zu retrahiren, dahingegen der Retrakt in Chursachsen blos auf Bona avita geht. So ist es auch in

Thü-

Thüringen, da der Retrakt auf alle Güter geht, ſie mögen herkommen vom Vater, den Voreltern oder auch nur von dem Bruder. Wenn aber die Collaterales oder Kinder den Retrakt exerciren wollen, ſo iſt nöthig, daß ſie es zu ihrem Vortheile thun, und nicht ein Betrug des Vaters mit darunter ſtecke. Sie dürfen alſo wohl Geld dazu aufnehmen, denn das iſt gleichviel, weil ſie doch einen Kaufſchilling anbieten müſſen, und nicht immer bey Geld ſeyn können, denn darum hat ſich der andere nicht zu bekümmern, woher ſie das Geld bekommen. So iſt auch Struv nicht zu verſtehen, wenn er ſagt, daß wenn ſie in der väterlichen Gewalt ſind, erfordert werde, daß ſie eigene Güter haben, ſondern es iſt zu verſtehen, daß der Vater ihnen nicht Geld vorſchieſſen könne, wenn ihn etwa der Contrakt, den er mit einem eingegangen hat, gereuen ſollte, um nur per indirectum wieder davon abzugehen, indem es nämlich laſſen ſollte, als wenn die Kinder retrahirten. Da iſt freylich nicht erlaubt, daß, ſie mit fremdem Geld anfallen, und kann dem Sohn der Eid darüber zugeſchoben werden. Sonſt aber, wo kein Betrug darunter ſteckt, können ſie gar wohl mit fremdem Geld retrahiren, und kann ihnen nicht zugemuthet werden, daß ſie das Factum Patris zu präſtiren gehalten ſeyen, denn ſie retrahiren nicht als Erben des Vaters, ſondern vermöge geſetzlicher Erlaubnis. Es wird auch directe das Factum Patris nicht angefochten, ſondern der Contrakt bleibt, nur die Perſon des Käufers wird geändert, nämlich in die Stelle des Käufers tritt der Anverwandte, der Contrakt aber bleibt.

§. 31.

Gemeiniglich geht dieſer Retrakt auf alle diejenigen, welchen das Erbrecht auf den Verkäufer angefallen iſt, da man es für billig gehalten, daß diejenigen, welche ihm ab inteſtato ſuccediren können, auch vermöge dieſer Verordnung der Rechte diejenigen Güter, die ihnen dadurch zufallen, retrahiren könnten, oder ein Vorrecht daran hätten. Deswegen richtet ſich auch die ganze Ordnung zu retrahiren nach der Erbfolge, und heißt es: wie man erbt, ſo fällt man an. Es ſuccediren aber auch die Collaterales, denn Primus Ordo eſt Deſcendentium, ſecundus Aſcendentium, tertius Collateralium, daher haben auch die Collaterales, z. B. die Brüder, das Jus Retractus. In Sachſen aber gilt dieſes nur von Stammgütern, nicht von ſolchen, die erſt der Vater angeſchaft hat, wohl aber in andern Orten, als wie z. B. in Thüringen. Und weil das Jus Retractus in der nemlichen Ordnung wie die Erbfolge anfällt, bey dieſer aber man auf die Nähe des Grads ſieht, wodurch ſie ſich eben a Succeſſione extraordinaria unterſcheidet, ſo folgt auch, daß unter vielen Conſanguineis derjenige, der dem Verſtorbenen am nächſten iſt, retrahiren kann. Sind aber ihrer etliche dem

Verstorbenen gleich nahe, so können sie auch alle die zu verkaufenden Sachen oder auch eine wirklich verkaufte Sache retrahiren, oder im erstern Casu das Ius Protimiseos exerciren. Daher sieht man auch, daß weil bey der Successione ab intestato das Ius repraesentationis statt findet, auch bey dem Retractu ratione consanguinitatis solches Recht Platz greifen müsse. Wenn daher Struv sagt: quod aliud placeat Iohanni Heroldio, (denn der hat besonders de Iure repraesentationis geschrieben), so ist dessen Meynung viel mehr gegründet, als diejenige, die er angenommen hat, denn sie ist der Analogiae Iuris gemäßer. Er sagt ja auch selbst, daß aeque proximi auch aequum Ius Retractus haben. Nun werden ja per Ius repraesentationis aeque proximi, so muß also ex eadem ratione z. B. der Bruder und des Bruders Kind das Ius Retractus haben. Eben daher sieht man ferner, daß derjenige, welcher einen Grad näher ist, vor den übrigen retrahiren kann, wenn er aber nicht retrahiren will, es eben soviel ist, als wär er nicht da, und daß alsdenn der sequens retrahiren könne. An einigen Orten ist noch dieses nöthig, daß der Anverwandte ein Bürger sey, sonst wenn er kein Bürger ist, kann er zwar mein nächster Anverwandter seyn, deswegen aber doch meine verkaufte Güter nicht retrahiren. Gesetzt also, daß dieser proximior wäre, so retrahirt nachdem der folgende, der ein Bürger ist. Denn da der Consanguineus kein Bürger ist, ist er nicht zu achten oder so anzusehen, als wär er gar nicht da.

§. 32.

Es kann dieses Jus Retractus ratione consanguinitatis competens nicht abgetreten werden, denn es gründet sich in Consanguinitate, die aber findet nur bey Consanguineis statt, und kann niemand cedirt werden, da es etwas persönliches ist. Wenn einer ein Recht hat, z. B. ein Kind, so kann er ja den andern nicht auch zu einem Kind machen. Ueberhaupt, wenn einer ein Abkömmling ist, so kann er nicht machen, daß der andere auch ein Abkömmling ist, der es nicht ist, und also, da es ihm bloß als Abkömmling zukömmt, so kann er es nicht abtreten.

2) Wenn einer das Ius Retractus exerciren will, muß er es für sich in seinen Nutzen ausüben, und kann es nicht für jemand anders ausüben. Denn sonst ist er anzusehen, wenn ihm das Ius Retractus nichts nützt, und er es auch um deswillen für sich nicht exerciren will, als wär er gar nicht da, da das Ius Retractus zum Nutzen der Consanguineorum eingeführt ist. Daher exercirt es wieder der folgende, oder der dem Verkäufer am nächsten verwandt ist. Z. B. es hätte einer einen Vater, er hätte aber ratione consanguinitatis seiner Frau

das

das Ius Retractus. Nun will er das Ius Retractus für ſich nicht exerciren, hat auch ſo viel Geld nicht, daß er den Kaufſchilling, den ein anderer anbietet, geben kann, ſo kann er das Ius Retractus für ſeinen Vater nicht exerciren. Wenn einer für ſich das Ius nicht exerciren kann, ſo muß er es dem Folgenden überlaſſen, auf den die Rechte zugleich mit geſehen haben. Deswegen geſchieht manchmal in dem Falle, da einer vorgiebt, er wolle es ſelber für ſich exerciren, oder die Bona für ſich retrahiren, und ein Verdacht vorhanden iſt, daß er ſie für ſich nicht, ſondern für ſeinen Vater gerne haben will, daß ihm der Eid darüber zugeſchoben wird, und er alſo ſchwören muß, daß er das Ius Retractus für ſich und für keinen andern exerciren wolle. Daher ſagt Struv: quod nec Ius iſtud ad heredem Extraneum Conſanguinei transferatur. Z. B. wenn einer einem Conſanguineo ex Teſtamento ſuccedirt hat, ſo kann er das Ius Retractus, das der Verſtorbene gehabt hat, nicht ausüben, denn das geht nicht auf die Erben über, weil es mit des verſtorbenen Perſon verknüpft iſt, und über ſeine Perſon nicht geht.

§. 33.

Es hat dieſes Ius Retractus gegen jeden Käufer, auch ſelbſt gegen den entferntern Erben ſtatt, weil dabey die Ordnung der Erbfolge in Betrachtung kömmt, oder in der Ordnung, wie Perſonen dem Verkäufer ab inteſtato ſuccediren, ſind ſie berechtiget, ſeine verkaufte Güter zu retrahiren. Daher hat ein jeder vermög der Klaſſe, in welcher er erben würde, ein Recht ad Retractum, mithin geht es nicht an, daß die Güter an einen Entferntern verkauft werden können, da der Nähere das Ius retrahendi hat. Ob demnach gleich der weiter Entfernte von der Familie iſt, ſo kann doch der Nähere ſein Ius retrahendi exerciren, indem er dem Verkäufer nicht ſo nah, als ein anderer, verwandt, folglich als ein Fremder anzuſehen iſt. Gleichwie man alſo gegen einen Extraneum das Ius Retractus ohne Zweifel exerciren kann, ſo kann man auch das Ius Retractus, wenn er nur entfernter iſt, als ein anderer, exerciren. Es iſt ja eben ſo auch bey Fideicommiſſis. Man kann Fideicommiſſa auch nicht auf entferntere Anverwandte zum Nachtheil der Nähern, auf welche der Ordnung nach, in Fideicommiſſis zu ſuccediren, die Erbfolge kommen ſollte, veräuſſern. Unterdeſſen iſt noch die Frage, wenn etliche in gleichem Grade dem Verkäufer verwandt, und zwar näher, als die übrigen Anverwandten, ſind, und er hat die Sache einem von ihnen verkauft, ob der andere auch noch retrahiren kann? Antw. Nein. Denn da die beyden in gleichem Grade ſtehen, ſo erfordert die freye Befugnis über ſein Eigenthum, daß er ſie an einen von ihnen beyden verkaufen kann, an welchen er will, denn es iſt ſo durch das Ius Retractus die libera facul-

facultas de rebus suis disponendi genug beschränkt. Es hat zwar seinen guten Grund, die Güter bey einer Familie zu erhalten, weil sie aber in dem Falle bey der Familie bleiben, und nicht einmal ad remotiorem kommen, sondern ad proximiores gebracht werden, so hat man dem andern, damit doch die Libera Facultas disponendi nicht allzusehr durch das Ius Retractus limitirt werden möchte, das Ius retrahendi weiter nicht eingeräumt. Endlich ist noch die Frage, wie die Klage, welche ex Retractu entsteht, beschaffen sey? Antw. Sie ist in rem scripta, d. i. sie hat die qualitatem einer Actionis realis. Die Qualitas einer Actionis realis aber ist, daß sie gegen jeden Besitzer zusteht. Daher steht auch diese Klage gegen den Besitzer, welchem sie der Käufer wieder verkauft, zu. Z. B. es verkauft einer meiner Anverwandten sein Haus, welches von den Voreltern herkömmt, der Käufer verkauft das Haus wieder an einen andern, jedoch noch innerhalb der zum Anfalle bestimmten Zeit, oder da der Consanguineus berechtiget ist, sein Ius Retractus zu exerciren, da fragt es sich, ob ich als des Verkäufers Anverwandter auch mich wegen des mir zustehenden Iuris Retractus an den andern Käufer halten könne? Antw. Ja. Denn die Klage, die mir zusteht, ist in der That realis, denn der ganze Retrakt gründet sich in der Billigkeit, und hat ohne eine vorhergehende verbindliche Handlung statt. Es ist eine Obligatio immediata, welche auf dem Verkäufer haftet, kraft der er vielmehr die Sache einem Verwandten, als einem Fremden verkaufen muß. Da nun dergleichen Klagen aber gegen keinen, als gegen den gegenwärtigen Besitzer der Sache zustehen, so muß freylich auch die Actio ex retractu gegen jeden Besitzer der Sache zustehen.

§. 34.

In Ansehung der Güter, welche dem Anfalle unterworfen sind, ist ein Unterschied unter beweglichen und unbeweglichen zu machen. Die Mobilia können nicht retrahirt werden, denn das würde Handel und Wandel allzusehr stöhren, da die Mobilia in kurzer Zeit so vielmal verkauft werden, und des Handels halber verkauft werden müssen. Bey Grundstücken aber ist es anders. Und weil dieser Retractus zum Besten der Familien eingeführt ist, die Familien aber durch die Immobilia viel mehr, als durch die Mobilia bey ihrem Glanz erhalten werden können, so geht auch dieser Retrakt blos auf die Immobilia, und nicht auf die Mobilia. Allein auf was für Immobilia? Das muß man aus jedes Orts oder Landes Gesetzen oder Gewohnheiten beurtheilen. Das können nun entweder bona avita oder paterna, seu noviter acquisita seyn. Mein Vater verkauft ein Haus, welches mein Großvater besessen, das ist Res avita. Zu Lübeck ist die Gewohnheit, daß allda auch in bonis non avitis, ja blos novi-

noviter acquiſitis, dieſes Ius Retractus gilt, auch in andern Orten wird es ſo gehalten. Mein Vater hat ein Haus aufgebaut, er wird krank, und vermacht daſſelbe meinem Bruder. Nach des Vaters Tode verkauft es dieſer an einen Fremden, da kann ich dem Fremden ſein Kaufgeld wieder geben, und alſo den Retrakt exerciren, weil das Haus von meinem Vater aufgebaut worden iſt. Man ſetze ferner, daß Mevius zwey Söhne hat, und einer davon das Haus von ihm bekommt, ſolches aber verkauft, ſo fragt es ſich, ob es der andre Sohn retrahiren könne? Antw. Nein, weil es kein bonum avitum, ſondern ein Haus iſt, das der Vater erſt noviter gekauft, mithin es nur ein Bonum Paternum iſt. Wenn hingegen dieſer Sohn wieder Kinder hätte, ſo hätten dieſe das Ius Retractus, denn in Anſehung ihrer gehört das Haus ad bona avita, weil es von ihren Großeltern herkömmt. Daß man dieſes an einigen Orten ſo beſchränkt hat, kommt daher, weil der Retrakt in Anſehung des Commercii etwas gehäſſiges iſt, indem er das Commercium ſehr ſtöhrt, und die Freyheit des Eigenthums gar zu ſehr beſchränkt. In Churſachſen iſt er deswegen gewaltig eingeſchränkt, alſo, daß er auch nur den Abkömmlingen des Verkäufers zukommt, in und auſſer Sachſen aber ſteht er auch den andern Anverwandten zu. Ueberdieſes wird erfordert, wenn dieſer Retractus ſtatt finden ſoll, daß dergleichen Güter noch von Verwandten beſeſſen und verkauft werden. Wenn die Anverwandten aber dazu ſtill geſchwiegen haben, da einer ihrer Verwandten dergleichen Bona avita verkauft hat, und ſie alſo an Fremde kommen, und die geſetzliche Friſt verſtreichen laſſen, ſo iſt es ſoviel, als hätten ſie ihrem Recht entſagt. Sie können es aber thun, denn es iſt zu ihren Gunſten eingeführt, ſo lang aber das tempus legale noch dauert, ſo lang geht es an, daß ſie das Ius Retractus noch exerciren können, denn ſo lang dauert auch ihr Ius Retractus. Ja eben dazu iſt das ſpatium annale anberaumt, daß ſie über daſſelbe ihr Ius Retractus nicht ſollen exerciren können. So lang, als die Zeit lauft, können ſie es exerciren, und wenn ſie es auch noch den letzten Tag im Jahr, welches ſie ad retrahendum haben, exerciren ſollten, denn ſo haben ſie es doch noch in gehöriger Zeit ausgeübt. Geſetzt alſo, daß ſie es ſollten Anfangs haben geſchehen laſſen, daß einer ihrer Anverwandten dergleichen bonum avitum verkauft, es iſt doch aber das Jahr noch nicht verfloſſen, vielmehr iſt es erſt im Anfange des Jahrs, und ſie rühren ſich nicht, weil ſie damals ſo viel Geld nicht aufbringen können, und laſſen den Käufer alſo noch im Beſitze, bis ſie das Geld zuſammenbringen, ſo ſind ſie im Stande, ihr Ius Retractus zu exerciren, denn es erliſcht erſt mit dem Ablaufe der geſetzlichen Zeit. Man kann hiebey nachſchlagen **Buders** Diſſert. de Iuris Retractus Gentilitii in Germania origine, **Lauh** Epiſtolam de Retractus Gentilitii medio aevo uſitati memoria vere Germanica.

§. 35.

§. 35.

Ueberhaupt kann man sagen, daß das Ius Retractus nur in dem Falle statt finden könne, wenn es auf baar Geld, das man vom andern bekommen soll, ohne einige Rücksicht, die man sonst dabey haben kann, z. B. ohne daß man zugleich auf eine besondre Eigenschaft der Person, oder auf andere Bedingungen sieht, die einer eingehen will, ein andrer aber nicht so halten kann, ankommt. Es findet demnach nicht anders statt, als beym Verkauf, bey welchem die Bedingungen erfüllt werden können. Wenn einer sein Haus für 200 Rthlr. verkauft, und auf weiter sonst nichts zu sehen hat, als daß er die 200 Rthlr. bekömmt, so gilt es ihm gleichviel, an wen er es überläßt. In dem Falle nun geht das Ius Retractus an, und kann der Retrahent die Conditiones dem Venditori erfüllen, welche ihm der andre gemacht hat. Wenn hingegen ein andrer nicht nur die Bona avita, sondern das ganze Patrimonium an sich kaufen will, und der Anfäller nicht das ganze Vermögen an sich kaufen kann, so fällt der Anfall weg, obgleich einige Doctores das Gegentheil behaupten. Es ist der Analogiae Iuris doch gemäßer, daß in dem Falle, da der Verkäufer mehr Interesse, als nur das Pretium bey einem Verkauf hat, der Anfall nicht statt habe, weil der Retrahent kein Aequivalent alsdann geben kann. Bey der Subhastation aber, wovon Philippi besonders geschrieben hat, und dessen Traktat in dieser Materie der beste ist, kommt es blos auf den Preis an, und sieht man sonst auf keine besondere Qualitäten des Erwerbers. Es ist sonst auch keine besondere Bedingung, die man sich etwa machen, und bey dem Verkauf ausdingen will, die ein andrer nicht so leicht erfüllen kann, sondern da gilt es gleich viel, wenn nur der höchste Preis für die zu verganthende Sache einkommt. Daher kann in dem Falle das Ius Retractus exercirt werden, so lang die gerichtliche Zuerkennung noch nicht geschehen ist. Sonst kommt einer dadurch um sein Ius Retractus, indem es genug ist, daß er es bis zur Subhastation hat. Hat er es so lang nicht exercirt, und es kommt dazu, daß dem Beständer auch die Res subhastata wirklich adjudicirt worden, so wird sein Anfall für verziehen gehalten, welches wegen des obrigkeitlichen Ansehens, und um die Subhastationes zu befördern, verordnet ist, denn sonst könnte sich einer ein Bedenken machen, zu bieten, wenn er zu befürchten hätte, daß ein anderer kommen würde, und das Einstandsrecht ausüben wollte.

§. 36.

Bey Schenkungen findet das Ius Retractus nicht statt. Denn Donatio ist eine Veräusserung, bey welcher man auf eine besondre Qualität des Donatarii sieht. Wenn ich demnach dem Mevius für die vielen mir geleisteten Dienste

ſte meinen Garten ſchenken will, ſo kann mein Vetter nicht kommen, und retrahiren, denn bey der Donatione fällt der Grund des Iuris Retractus, daß es dem Venditori gleich viel gelten könne, von wem er bekommt, was er durch den Vertrag erhalten will, weg. Denn es kann ſeyn, daß dem Donatario viel an dem Garten gelegen, mithin es ihm eine ſo große Belohnung für ſeine Dienſte nicht wäre, wenn er etwas anders, oder den Werth des Gartens erhielte. Solchergeſtalt ſieht man, daß hier der Retrahent die Bedingungen nicht erfüllen kann, indem gegen die Dienſte des Donatarii auf ihn der Garten ſoll übertragen werden, und ſo verhält es ſich auch beym Tauſch. Z. B. es iſt mir des Mevius Haus zu meinen Verrichtungen ſehr gelegen, hingegen iſt dem Mevius auch wieder zu ſeinen Verrichtungen mein Haus gelegen, ſo kann der Vetter nicht herkommen, und das Ius Retractus exerciren, denn da iſt er wieder nicht im Stande, ein Aequivalent zu geben, ſondern da hat allemal der Veräuſſernde ein gröſſeres Intereſſe dabey. Die Conditionen kann er bey einem Retrahenten nicht erhalten, die er bey dem, welcher mit ihm einen Tauſch eingeht, erhalten kann. Manchmal aber ſcheint es nur ein Tauſch zu ſeyn, iſt aber keiner, ſondern ein Kauf. Das hat man nun aus dem Geld, das man auf die Sache aufgiebt, zu beſtimmen. Wird bey der Veräuſſerung einer Sache mehr auf eine andere Sache, als auf das Geld geſehen, ſo iſt es ein Tauſch. Da iſt ja die Hauptabſicht Sache gegen Sache. Hingegen ſieht man mehr auf das Geld, als auf eine Sache, die gegen eine Sache gegeben werden ſoll, ſo iſt es ein Kauf. Z. B. Mevius verkauft dem Sempronius ſein Pferd für 100 Rthlr. und etliche Mett Haber, ſo kommt noch eine Sache auſſer dem Geld hinzu. In dieſem Falle iſt doch die Veräuſſerung ein Verkauf, denn es iſt mehr Geld, als Gegenwaare. Hingegen, wenn Mevius ſein Haus vertauſchen will mit des Sempronius Haus, Sempronius aber will ihm noch darüber etwa 10 bis 20 Rthlr. herausgeben, ſo iſt es Tauſch, denn da iſt die Sache, welche dagegen gegeben werden ſoll, das Vorzüglichere, und ſieht man auch mehr auf eine wieder dagegen zu gebende Sache, als aufs Geld, das iſt nur Nebenſache. Nun heißt es aber, beym Tauſch fällt das Jus Retractus weg, beym Kauf aber findet es ſtatt. Daher muß man allemal die Fälle wiſſen zu beurtheilen, ob ſie zum Kauf oder zum Tauſch gehören. Dabey hat man auch zu ſehen, ob nicht etwa eine Res fungibilis für eine andere Sache ſoll gegeben werden, deswegen bleibt es doch ein Kauf. Denn wenn man z. B. dem andern für das Haus ſo viel an Korn zu geben verſpricht, als der Werth beträgt, ſo iſt es ſo viel, als wäre ein Kauf geſchloſſen worden, ob es gleich in der That ein Tauſch iſt, indem der Preis nicht in baarem Geld beſteht. Hier kann ja gleich ein Aequivalent von dem Vetter dem Verkäufer gegeben werden. Denn das Korn läßt ſich

anschlagen und zu Gelde machen. Es kann der Vetter Korn von eben der Art sich anschaffen, und wenn der Verkäufer steif auf Korn sehen sollte, es ihm liefern, oder ihm an Geld ein Aequivalent geben, so daß er weiter kein Interesse dabey hat. Woraus leicht ersichtlich ist, daß manchmal, um das Jus Retractus auszuschliessen, wo es statt findet, ein Tausch listiger Weise geschlossen werden könnte. Z. B. Mevius möchte gerne sein Haus an den Sempronius, und von seinem Vetter abbringen, er gönnt es ihm nicht. Um nun ihn um sein Jus Retractus zu bringen, so verkauft er zwar an den Sempronius das Haus nicht, er vertauscht es aber, oder es wird nur der Contractus permutationis simulirt, und in der That steckt doch ein Contractus Emtionis Venditionis mit darunter, so ist dieses ein Betrug gegen die Gesetze, den aber die Gesetze nimmermehr geschehen lassen. Daher findet auch alsdann das Jus Retractus statt, ob es gleich heißt, es ist das Haus vertauscht, oder es ist dem andern geschenkt worden. Z. B. der andere bezahlt zwar nichts, allein heimlicher Weise muß er es doch bezahlen, so kann deswegen der andere doch, wenn er es herausbringen kann, das Jus Retractus exerciren. Es hat daher zum öftern die Eideszuschiebung statt, denn wenn ein Tausch nur vorgewandt wird, und in der That es ein Verkauf ist, so kann man dem Verkäufer den Eid darüber zuschieben, in welcher Absicht er das Haus veräussert, ob er es Schenkungs- oder aber Verkaufsweise gethan habe. Wernhers Progr. de utilitate Quaestionis, an in dubio Emtio Venditio an Permutatio celebrata intelligatur, schlägt hier ein. So auch, wenn er seine Sache, woran der andre ein Jus Retractus hat, einem andern an Zahlungsstatt oder als Heyrathgut übergiebt, so hat er wieder kein besondres Interesse dabey, da kann ihm der Retrahent ein Aequivalent dafür geben, denn ob er dem andern die Sache selbst an Zahlungsstatt giebt, oder ob er ihm baar Geld giebt, das ist gleich viel. Daher finden sich hier wieder die Gründe des Juris Retractus, und haben wir eine Veräusserung, wo der Retrahent alles leisten muß, worauf bey dem Contrakt der Verkäufer sieht, indem er ja auf weiter nicht bey der Uebergabe an Zahlungsstatt sieht, als daß die Schuld getilget wird. Die wird aber sowohl dadurch getilgt, daß er den Werth für die Sache erhält, und nachdem die Schuld mit Geld bezahlen kann, als wenn er die Sache an Zahlungsstatt giebt. Ferner ist die Frage, was vom Vergleich zu halten ist, ob denn auch über die Sache, woran der andre ein Jus Retractus zu haben meynt, wohl könne transigirt werden, so daß, wenn aus dem Vergleich die Sache nachher abgetreten wird, sie retrahirt werden könne? Antw. Nein, bey Vergleichen fällt ebenfalls das Jus Retractus weg. Das Jus Retractus erfordert eine bestimmte Sache, die dem Verkäufer gewiß zusteht. Es ist aber bey einem Vergleich nicht gewiß, ob die Sache demselben zu-

stehe, mithin auch nicht, ob dem Retrahenten das Jus Retractus zustehe. Eben deswegen wird sie in Anspruch genommen, und weil der Ausgang des Processes ungewiß, ja zu befürchten ist, daß die Sache dem Verkäufer gar möchte abgesprochen werden, so vergleicht er sich. In Betracht dessen fällt schon eine Erfordernis von dem Jure Retractus in diesem Falle weg. Ausserdem kann auch wieder hier der Retrahent dem Verkäufer die Conditiones, die ihm sein Gegentheil macht, nicht erfüllen. Denn wenn z. B. über das Haus ein Proceß ist, und der Gegentheil will das Haus annehmen, und mir viel dagegen heraus geben, so hört nachdem der Proceß auf, und der andere steht vom Proceß ab. Wenn aber auch der Verkäufer dem Retrahenten das Haus überließe, so hört ja deswegen der Proceß nicht auf. Wenn also z. B. Cajus ein Haus hat, und noch einen Bruder, der das Jus Retractus daran hat, es ist 2000 Rthlr. werth, nachdem er es nun verkauft, so kommt ein anderer und nimmt es in Anspruch, so daß Cajus mit ihm sich vergleicht, und sich noch 100 Rthlr. von ihm geben läßt, und ihm darauf das Haus abtritt, so fragt es sich, ob des Cajus Bruder sich hier des Juris Retractus bedienen könne? Antw. Nein, denn es ist ja kein Kauf, und wenn die Sache zum Proceß gekommen wäre, so hätte ihm wohl gar das Haus aberkannt werden können, welchenfalls der Bruder auch kein Jus Retractus gehabt hätte. Mithin weiß er nicht, ob diese Sache unserm Vorfahrer zugestanden ist. Um noch vielweniger aber kann das Jus Retractus bey einer blosen Verpachtung statt finden. Da sieht der Eigenthümer wieder auf eine besondere Eigenschaft des Pachters, daß es ein fleißiger und ordentlicher Mann ist, der sein Haus wohl halten, und nicht zu Grunde gehen lassen wird. Wenn ich daher mein Haus dem Mevius vermiethen will, so kann, wenn es gleich ein altväterliches Gut ist, mein Vetter nicht kommen, und sagen, ich will dir eben das dafür geben, laß es mir, denn hier mangelt der Grund, daß der Retrahent dem Eigenthümer den Ersatz geben kann, ohne daß er weiter ein Interesse dabey hat, wenn es gleich pro eodem Locario geschehen könnte. Ausserdem erfordert der Retrakt eine Veräusserung, denn die vorige Veräusserung will man eben aufheben, und eine neue machen, hier aber bey der Locatione Conductione geschieht keine Alienatio, da sie kein Contractus Dominii translativus ist. Kurz, in allen Contracten, wo es aufs Geld ankommt, kann der nächste Anverwandte den Verwandtschaftsanfall ausüben, aber in solchen, wo eine Res fungibilis verschenkt oder vertauscht wird, hat er keinen Anfall.

§. 37.

Findet nun aber das Jus Retractus statt, so muß Retrahens überhaupt alles dasjenige, was ein andrer prästirt, und sich zu prästiren dargebothen hat, erfüllen.

Er darf aber auch nicht mehr leisten, denn da gilt es eben dem Verkäufer gleich, wenn er ihm eben die Bedingnisse darbietet, die ihm ein anderer anerbothen hat. Das erfordert aber freylich, daß er die Conditiones halten kann. Er muß demnach gleich das Geld erlegen, wenn er den Verkauf übern Haufen werfen will, wenn es nämlich wirklich bezahlt ist, sonst wenn es nur erst auf gewisse Tage und Fristen bezahlt werden darf, so darf er es auch nicht sogleich, sondern kann es auf die bestimmten Termine bezahlen. Kurz, es bleibt der vorige Contrakt, der Retrahent tritt nur in die Stelle des erstern Käufers, daß es also so viel ist, als wäre der vorige Käufer noch da. Wenn also gleich während der Zeit der Preis der Sache sollte gestiegen seyn, so darf der Retrahent nicht mehr dafür geben, als der primus Emtor angebothen, oder schon wirklich bezahlt hat. Sind dem Kaufcontrakt besondere Nebenbedingungen angehängt, so muß auch der Retrahent dieselben halten. Er muß die Lehenwaare, den Weinkauf ꝛc. bezahlen. Z. B. es hat der Käufer dem Verkäufer einen Schmauß versprochen, so muß den auch der Retrahent halten. Wenn nun aber der erste Käufer das Geld schon wirklich bezahlt, und auch die Sache empfangen hat, der Kauf aber wegen des Anfallrechts wieder zurückgehen soll, so fragt sichs, was gebührt ihm? Antw. Es ist nicht genug, daß man ihm nur seinen Kaufschilling wieder zurückgiebt, sondern da er schon Unkosten gehabt hat, so müssen ihm auch diese wieder erstattet werden, denn es kann auch der Retrahent nur die nemliche Sache, welche der erstere Käufer empfangen hat, verlangen. Hat also der erste Käufer während der Zeit die Sache verbessert, so kann der Retrahent die Sache als verbessert nicht verlangen, sondern es müssen die Kosten wieder ersetzt werden. Im Gegentheil hat der erste Käufer Früchte gezogen, so muß er auch die Fructus perceptos restituiren. Denn de pendentibus ist es so keine Frage, indem die Pendentes ein Theil der verkauften Sache sind, und also mit der ganzen Sache erstattet werden müssen. Es ist aber freylich hiebey noch zu bemerken, daß, wenn der Preis, den der Retrahent offerirt hat, angenommen werden wollen, ein Mittel noch übrig, daß es in Ansehung seiner eben so viel ist, als hätte er es erlegt, und also dem Verkäufer eben die Bedingung gemacht, die ihm ein anderer gemacht hat, indem er nämlich das Geld gerichtlich deponirt, da ist es eben so viel, als hätte der Verkäufer das Geld angenommen. Gleichwie nun in dem Falle ohne Zweifel der erste Käufer die Fructus perceptos restituiren muß, so muß er auch in dem Falle, da das Geld gerichtlich niedergelegt ist, die während des Processes genossenen Früchte zurück erstatten. Wenn er hingegen das Geld nicht gerichtlich hinterlegt hat, nachdem der Verkäufer sich geweigert, es anzunehmen, so gebühren ihm die Fructus percepti, so lang als der Proceß dauert, nicht, sondern es kann sie der erste Käufer behalten, drum sagt er, daß die Fructus per-

percepti dem Retrahenten erſt nach wirklich hinterlegtem Kaufſchilling gebühren.

§. 38.

Auſſerdem hat man auch noch auf die geſetzliche Zeit, in welcher der Anfall ausgeübt werden kann, zu ſehen. Das iſt denn ein Jahr, nach dem Jure Saxonico aber annus et dies, welches ſo viel heißt, als ein Jahr, ſechs Wochen und drey Tage, denn nach dem Iure Saxonico heißt dies ſo viel als ſechs Wochen und drey Tage. Nun iſt freylich mehr bemerktermaſſen das Ius Retractus von Seiten derer, die ihre Güter verkaufen wollen, etwas verhaßtes, daher hat man auch ſo eine kurze Zeit dazu anberaumt, ſo daß, wenn ſie die Zeit verlaufen laſſen, und nicht innerhalb derſelben ihr Recht exerciren, ſie deſſelben verluſtig werden. Deßwegen muß einer ſehr wach ſeyn, wenn er z. B. den Retractum Gentilitium exerciren will, daß er es innerhalb Jahresfriſt thut, ſonſt wird ihm ſein Recht nach Ablauf eines Jahrs verjährt. Die Verjährung aber gründet ſich in der Strafe der Nachläßigkeit, und erfordert alſo, daß er ſein Ius Retractus hat exerciren können. Er kann es aber nicht eher exerciren, als bis er die Alienation hat wiſſen können. Daher fängt erſt vom Tage der Bekanntwerdung das Ius Retractus an. Wenn ſich aber einer auf die Unwiſſenheit berufen will, da er nachläßig geweſen iſt, ſo kann ihm ein Eid darüber zugeſchoben werden, ob er nicht gewußt habe, daß ein Verkauf vorgegangen iſt. Und iſt er öffentlich vorgegangen, und er will hernach vorwenden, er hätte nichts davon gewußt, da doch jedermann davon weiß, ſo geht ihm auch wegen ſolcher unverzeihlichen Unwiſſenheit ſein Ius Retractus verlohren, und wird für verziehen angeſehen. Sonſt aber, wenn er beweiſen kann, daß er nichts von dem geſchehenen Kauf hat erfahren können, ſo kann er noch innerhalb eines Jahrs ſein Recht exerciren, das Jahr hat er zum Ueberlegen erhalten, auch um deswillen, damit er allenfalls auf Mittel denken kann, ſo viel Geld herzuſchaffen, als ad retrahendum erfordert wird. Denn es iſt mancher nicht gleich im Stande, z. B. wenn die Condition offerirt wird, das Geld baar und ſogleich zu ſchaffen, als ein anderer Käufer. Weil nun zugleich die Zeit zur Ueberlegung eingeräumt iſt, ſo iſt nicht genug, daß er den Kauf nur ſchlechterdings in Erfahrung gebracht habe, ſondern es wird noch darüber erfordert, daß er erfahren, wie er geſchloſſen worden, und alſo ihm nicht unbekannt geblieben weder quantitas Pretii, noch der Modus, der beym Bezahlen eingegangen worden iſt. Alsdann kann er erſt ſich beſinnen, ob er das Ius Retractus exerciren wolle oder nicht. Daher ſagt Struv: computatur hoc tempus ſtatim a facta v. gr. Venditione, licet Res nondum tradita, et quidem, ſi perfecte negotium

tium scitur. Hiernächst ist diese annalis Praescriptio Pupillis und Minoribus nicht nachtheilig, denn überhaupt heißt es: dormit praescriptio contra Pupillos et Minores, ergo etiam Praescriptio Annalis, denn auch hier findet die Ratio statt: quod agere non valenti nulla currat Praescriptio. Ergo nec Praescriptio Annalis.

§. 39.

Was ist zu beobachten, wenn ein Käufer gegen diesen Retrakt sicher seyn will? Es ist kein anderes Mittel, als dieses, daß der, der etwas verkaufen will, den bevorstehenden Verkauf seinem Vetter anzeigt und ihn fragt, ob er sein Ius Retractus, so er ihm nicht läugnen kann, exerciren wolle oder nicht. Da steht es dem Retrahenti frey, da das Ius Retractus zu seinem Vortheile eingeführt worden, ob er seinem Recht entsagen will. Sagt er nun, er wolle nicht retrahiren, sondern auf sein Recht Verzicht thun, so kann der Käufer sicher seyn, da verziehene Rechte nicht wieder gebraucht werden dürfen. Aber da ist eben die Frage, ob dafür zu halten ist, daß er renuncirt habe, wenn er nur gesagt hat, er wolle die Sache nicht kaufen? Da ist sehr zweifelhaft, wie er es gemeynt hat. Denn er kann das sagen, da er das Anfallsrecht in der ihm von den Gesetzen zum Ueberlegen bestimmten Jahresfrist ausüben kann. Er darf sich gar nicht erklären, ob er retrahiren wolle oder nicht, da ihm ein Spatium deliberandi auf ein Jahr lang eingeräumt worden ist. Wenn er aber in der Absicht gefragt wird, daß er sich erklären soll, ob er den Retrakt exerciren wolle oder nicht, und er sagt, er wolle es nicht kaufen, so heißt es: Interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset. Da er gefragt worden, ob er seinen Retrakt exerciren wolle oder nicht, so hätte er deutlicher reden sollen, und legt man die Worte, wenn er sagt: ich will es nicht kaufen, so aus, als wenn er seinem Anfallsrecht entsagt hätte. Sonst hebt das blose Bekanntseyn des Verkaufs das Anfallsrecht vor Verlauf der gesetzlichen Frist nicht auf. Z. B. Mein Bruder verkauft ein bonum avitum, dieses lasse ich verkaufen und sage nichts dazu, ob ich gleich den Verkauf wohl weiß. Es geschieht aber blos um deswegen, weil ich noch nicht im Stande bin, eben die Conditionen meinem Bruder zu machen, die ihm ein anderer gemacht hat. Unterdessen hoffe ich mich noch innerhalb des Jahrs, das die Rechte mir ad Ius Retractus exercendum, vel ad praeparandum ad Ius Retractus vergönnet haben, zu erholen. Da hilft es nichts, daß ich es gleich gewußt, und doch nicht protestirt habe. Deswegen habe ich meinem Iuri nicht renunciret. Und also so lang das Jahr noch lauft, bin ich noch im Stande, den Contrakt mit dem vorigen Käufer aufzuheben, und in seine Stelle zu treten.

§. 40.

Nun iſt noch von der Aufhebung des Kaufs zu handeln. So lange von beyden Seiten das Implementum noch nicht erfolgt iſt, ſo kann mit beyderſeitigem Willen noch vom Contrakt abgegangen werden, ohne daß es ein neuer Contrakt iſt, wenn z. B. der Verkäufer die Waare, z. B. das Pferd, noch nicht tradirt hat, der Käufer auch das Geld noch nicht erlegt, ſo können ſie beyde von dem Contrakte abgehen. Wenn aber die Waare ſchon erlegt, das Kaufpretium auch ſchon bezahlt worden iſt, und ſie wollen hernach wieder zurückgehen, ſo iſt es vielmehr ein neuer Kauf und Verkauf, als daß der alte nur dadurch aufgehoben wäre. Und eben deswegen iſt das, was man von einem neuen Contractu, z. B. der Obrigkeit, geben muß, nach der Gewohnheit eines Orts, auch in dieſem Falle wieder zu geben. Eben deswegen iſt daran gelegen, daß man weiß, ob der Contrakt für einen neuen zu halten iſt, oder ob der alte Contrakt nur aufgehoben wird. Hieher gehören denn auch die Nebenverträge, z. B. das Pactum de Retrovendendo, das Pactum commiſſorium, auch das Pactum addictionis in diem, wenn es ſub conditione reſolutiva errichtet worden iſt. Aber auch, wenn ob dolum oder metum geklagt wird, ſo geht es auf die Reſciſſion los. Anmerkungswürdig aber iſt inſonderheit Lex 2 Codicis de reſcindenda Venditione, der darauf geht, daß der Käufer, wenn er über die Hälfte vervortheilt iſt, auf die Aufhebung des Kaufes ſoll agiren können. Da denn die Frage entſteht, was es für eine Urſache habe, daß der Verkäufer und Käufer nur alsdann erſt, wenn ſie über die Hälfte beſchädiget ſind, auf die Aufhebung des Kaufs ſollen klagen können, und ihnen alſo um einer geringern Beſchädigung halber eine Klage abgeſchlagen worden iſt. Es haben verſchiedene dieſes Geſetz für hart gehalten, wie Molinäus. Andere, wie Thomaſius, haben vermeynt, daß die Billigkeit, welche insgemein bey dieſem Lege 2 vorgeſchützt wird, nur Hirngeſpinſte ſey. Allein es hat der Lex 2 Codicis de reſcindenda Venditione einen Grund, der nicht verworfen werden kann, nemlich, daß die Anzahl der Streitigkeiten vermindert werden ſolle. Wenn man um einer jeden unbedeutenden Sache halben wollte Klage erheben laſſen, ſo würde die Menge der Streithändel ſo anwachſen, daß man nicht Zeit hätte, ſie zu entſcheiden. Es werden daher geringere Beſchädigungen nicht angeſehen, und mag ſich einer dieſelben alsdann ſelbſt beymeſſen, daß er ſich nämlich nicht beſſer bey dem Contrakte vorgeſehen hat. Wenn er aber über die Hälfte beſchädigt iſt, ſo wird er in Gerichten gehört, er kann ſeinen Schaden erweiſen, und der Kauf aufgehoben werden, wenn der Käufer ihn ſonſt nicht entſchädiget. Es redet zwar dieſer Lex nur von dem Venditore, es iſt aber der nemliche Grund beym Käufer

fer vorhanden, denn beyde befinden sich in gleicher Lage. Es ist kein Grund vorhanden, warum der Verkäufer einen Vorzug haben sollte. Deswegen ist hier ein Casus interpretationis extensivae, da Lex 2 Codicis de rescindenda Venditione auch auf den Käufer wegen des gleichen Grunds ausgedehnt wird. Ueber die Berechnung der Beschädigung über die Hälfte ist großer Streit unter den Gelehrten entstanden, denn nicht alle berechnen sie auf einerley Weise, gleichwohl kommt vieles darauf an, denn nachdem man eine Berechnung annimmt, ist der Käufer entweder für lädirt zu halten oder nicht, und also entweder auf die Aufhebung zu klagen befugt oder nicht. Weil nun ganz vernünftig ist, daß die Beschädigung des Käufers eben auf die Art, als wie beym Verkäufer berechnet wird, so kommt es darauf an, daß man untersucht, wie die Beschädigung des Verkäufers zu berechnen ist, und ist es um desto abgeschmackter, wenn man in Ansehung des Käufers etwas unterschiedenes angeben will, da ja alle in Ansehung der zu berechnenden Beschädigung und Ausdehnung des L. 2 C. de rescind. Emt. Vend. auf den Käufer übereinstimmen. Solchergestalt kann man freylich keine unterschiedene Berechnungsart beym Käufer und Verkäufer behaupten. Was nun die Berechnungsart in Ansehung des Verkäufers betrift, so sagt das Gesetz ausdrücklich: wenn der Verkäufer nicht einmal die Hälfte des wahren Werths erhalten, so sey er über die Hälfte beschädigt. Z. B. die Sache ist 2000 Rthlr. werth, und der Venditor bekommt doch nur 800 bis 900 Rthlr. dafür, so hat er nicht einmal die Hälfte des wahren Werths dafür bekommen, und es sagen alle, er seye über die Hälfte beschädigt. Allgemein kann man es so ausdrücken: der wahre Werth hat ihm gebührt, er hat auch die Absicht gehabt, für den wahren Werth die Sache an den andern zu überlassen, denn er will sich ja durch den Verkauf nicht beschädigen, sondern so viel an Geld wieder bekommen, als er von seinem Vermögen weggegeben hat. Mithin will er an Geld wieder so viel bekommen, als der wahre Werth seiner Sache sich belauft. Seine Sache ist nun 2000 Rthlr. werth, so will er auch wieder an Geld 2000 Rthlr. bekommen, und hat er doch nur 800 bis 900 Rthlr. bekommen, so kann man sagen: die Beschädigung des Verkäufers wird daraus bestimmt, was einer zu wenig an dem bekommen hat, was er hat bekommen sollen, folglich aus dem Verhältnis dessen, das er hat, z. B. die 800 oder 900 Rthlr. zu dem, was er bekommen sollen. Wenn das, so er hat, nicht einmal die Hälfte von dem ist, so er hat bekommen sollen, so sagt man: er ist über die Hälfte beschädigt. Nun setze man ferner, daß der wahre Werth 5 Rthlr. wäre, oder die Sache, welche der Käufer gekauft hat, wäre 5 Rthlr. werth, er hat aber über 5 Rthlr. ausgegeben, so fragt sichs, wann ist er über die Hälfte beschädigt? Da sagen einige, wie auch Titius, er sey über die Hälfte be-

beſchädigt, wenn er über die Hälfte des wahren Werths bezahlt hätte, die Sache iſt z. B. 5 Rthlr. werth, und er hat 8 Rthlr. bezahlt, ſo hat er noch über die Hälfte des wahren Werths bezahlt, denn halb 5 iſt 2 und ½ und er bezahlt noch ein halbes darüber. Hingegen andre ſagen ſo, er ſey noch nicht beſchädigt, wenn er in dem Falle, da die Waare 5 Rthlr. werth iſt, 8 Rthlr. bezahlt hat, ſondern er müſſe 11 Rthlr. gegeben haben, wenn er über die Hälfte beſchädigt ſeyn ſolle. Denn wenn er 11 Rthlr. für eine Waare bezahlt hat, die nur 5 Rthlr. werth iſt, ſo habe er ja nicht einmal die Hälfte für das, was er weggegeben hat, weil er 11 Rthlr. weggegeben, ſo hätte er auch 11 Rthlr. wieder bekommen ſollen, er habe aber nicht einmal die Hälfte, denn er habe ja nur 5 Rthlr. Solchemnach fragt ſich, welche Berechnung der Wahrheit gemäß iſt? Das muß darnach beurtheilt werden, welche dem Sinne der Geſetzgeber gemäß iſt. Da es denn mit der gemeinen Meynung zu halten iſt, daß nämlich alsdann der Käufer über die Hälfte beſchädigt ſey, wenn er nicht einmal die Hälfte durch den Kaufſchilling von dem erhalten, was er weggegeben, und alſo wieder erhalten ſollen. Es iſt die Beſchädigung aus dem, was ihm fehlt, im Verhältnis zu dem, was der Verkäufer haben ſollte, bey ihm beſtimmt worden. Wenn der Verkäufer nicht einmal die Hälfte von dem hat, was er bekommen ſollen, ſo wird er für über die Hälfte beſchädigt gehalten. Alſo kann ja auch der Käufer nicht eher für vervortheilt gehalten werden, als wenn er nicht die Hälfte von dem bekommen hat, was er bekommen ſollen. Er hat 11 Rthlr. weggegeben, folglich hätte er auch wieder eine Waare, die 11 Rthlr. werth iſt, bekommen ſollen, nun aber iſt die Waare nur 5 Rthlr. werth, mithin hat er ja nicht einmal die Hälfte. Einer kauft einen Ring für 70 Rthlr., er iſt aber nicht 30 werth. Hier iſt er über die Hälfte beſchädigt. Oder er bezahlt ein Pferd für 70 Rthlr., es iſt aber kaum 30 werth. Und iſt demnach klar, daß auf dieſe Weiſe, wenn man die Vervortheilung über die Hälfte berechnet, ſie eben ſo beym Käufer als wie beym Verkäufer berechnet wird. Denn man ſetze, der Verkäufer verkaufe einen Ring, der 90 Rthlr. werth iſt, er aber bekommt nur 40, ſo hat er nicht halb ſo viel bekommen, als er werth iſt. Weil nun kein Grund der Verſchiedenheit zwiſchen Käufer und Verkäufer, vielmehr ein ſtärkerer Grund für jenen vorhanden iſt, da er den wahren Werth und die Eigenſchaften der Sache nicht hat wiſſen können, wohl aber der Verkäufer, ſo iſt dieſe Meynung freylich am vernünftigſten. Man nehme auch noch den andern Fall, der Verkäufer iſt vervortheilt, wenn er ein Haus, das 2000 Rthlr. werth iſt, einem andern um 800 Rthlr. überlaſſen, alſo umgekehrt, wegen der Gleichheit zwiſchen beyden, iſt auch der Käufer erſt über die Hälfte verletzt, wenn er für ein Haus 2000 Rthlr. bezahlt, das nur 800 bis 900 Rthlr. werth iſt. Solchergeſtalt iſt eine völlige

Gleichheit zwischen beyden, dahingegen nach der andern Meynung der Käufer in dem Falle schon ultra dimidium lädirt wäre, wenn er nur 1300 Rthlr. für die Sache hätte, da könnte er sich schon über eine Laesionem ultra dimidium beschweren. Wenn nämlich der wahre Werth 800 Rthlr. wäre, da wär die Hälfte 400 Rthlr. und 4 zu 8 macht 12, folglich noch 100 Rthlr. darüber, da hätte er ja noch über die Hälfte des wahren Werths bezahlt. Nach unserer Meynung aber ist er erst dann für beschädigt zu halten, wenn er 2000 Rthlr. für eine Sache, die 800 Rthlr. werth ist, bezahlt, das ist freylich ein großer Unterschied, worauf doch aber in Praxi viel ankommt, indem es etwas gewöhnliches ist, daß, wenn man vom Contrakt abgehen will, man die Sache auf eine Laesionem ultra dimidium zu begründen sucht. Da denn allemal erstlich darauf zu sehen ist, wie die Laesio zu berechnen ist. Dieses findet nun alles um deswillen statt, weil wechselsweise Leistungen beym Kaufe vorgehen, welche gleich seyn sollen. Weswegen auch dieser Lex 2 Cod. de rescindenda Venditione in allen Contractibus mutuae Praestationis und nicht nur in Emtione Venditione Platz ergreift, wo eine Parthie der andern etwas prästiren muß. Z. B. bey der Uebergebung an Zahlungsstatt, wenn der Schuldner dem Gläubiger statt des baaren Geldes etwas anders anstatt der Zahlung giebt. Ferner beym Tausch. Ich gebe z. B. meinen Garten, der wohl 1000 Rthlr. werth ist, dem Tirius für seine Hube Landes, die nur 400 Rthlr. beträgt. Da ich nun höre, daß diese Hube nicht mehr als 400 Rthlr. werth sey, so kann ich allezeit Querelam Laesionis ultra dimidium anstellen. Auch bey Vermieth- und Verpachtungen hat sie statt. Tirius verpachtet dem Cajus sein Landgut für 6000 Rthlr. Es ist aber solches theils mit Schulden, theils mit Abgaben so beschwert, daß es nicht die Hälfte der Pachtgelder davon abträgt. So bald Cajus solches gewahr wird, kann er diese Querelam wider den Eigenthümer anstellen, und von dem Pacht abtreten. Es ist dieses ein deutliches Beyspiel der Interpretationis extensivae. Erstlich wird mehrgedachtes Gesetz auf den Käufer, von dem er nicht redet, ausgedehnt, hiernächst wird dann auch die Berechnungsart auf selbigen erstreckt. 3) Wird auch dieser Lex 2 Codicis ultra Venditionem auf alle Contractus mutuae praestationis extendirt. Diesem Gesetze nach kann nun der Verkäufer auf die Aufhebung des Kaufs, so wie der Käufer klagen. Es haben doch aber die Rechte dem Gegentheil, dem Verkäufer oder Käufer, oder überhaupt dem Beklagten erlaubt, entweder zurück zu geben, was er aus dem Contrakte erhalten hat, oder zu ergänzen, was dem andern Theil fehlt, denn wenn ein jeder so viel hat, als er bekommen sollen, so ist kein Grund vorhanden, den Contrakt aufzuheben. Diesemnach muß man allemal ad rescindendum zuerst agiren, dann aber stehts dem Reo frey, ob er, was dem andern abgeht, erse-

ten will, oder ob er lieber den ganzen Contrakt wieder zurückgehen laſſen, und herausgeben will, was er daraus empfangen hat. Das Erſetzen verſteht ſich aber von dem, was an dem wahren Werth abgeht, nicht blos ſo viel, daß er mehr als die Hälfte hat. Böhmer in Diſſ. de Libellis alternativis.

§. 41.

Wir müſſen aber nun auch die Fälle betrachten, wo dieſer Lex de reſcindenda Venditione nicht ſtatt findet. Es erfordert derſelbe eine Beſchädigung, wo alſo dieſe wegfällt, da fällt auch erſagter Lex weg. Wenn nun einer gewußt hat, daß die Sache nicht ſo viel werth iſt, und er hat es doch dafür gegeben, da kann er ſich über eine Vervortheilung nicht beſchweren, denn das übrige ſcheint er verſchenkt zu haben, auſſer er habe aus dringender Noth verkauft. Denn in der Noth iſt niemand freygebig. 2) Iſt er zu des Beſchädigten Nutzen eingeführt, um den Schaden von ihm abzuwenden. Dieſem Vorrecht kann der Beſchädigte entſagen, und wenn er beſondern Verzicht gethan hat, ſo muß er auch den Kauf halten. So wird auch keine Beſchädigung bey der Verganthung angenommen, denn da geht alles aufrichtig her, auſſer es würde ein beſondrer Betrug erwieſen werden, das läßt ſich aber nicht vermuthen. Gewöhnlich fällt er auch bey der Ganth weg, weil man von Obrigkeits wegen darauf zu ſehen hat, daß man den fidem haſtae fiſcalis nicht ſchwäche, welches geſchehen würde, wenn man bey der Subhaſtatione gekaufte Sachen ex Capite laeſionis ultra dimidium anfechten könnte. 3) Findet dieſes Geſetz bey einer verkauften Erbſchaft nicht ſtatt. Denn wo überhaupt kein Schaden vorhanden iſt, da fällt auch Laeſio ultra dimidium weg, denn auch da kann eigentlich gar keine Beſchädigung angenommen werden, weil dieſe eine Sache von beſtimmtem Werth vorausſetzt. Wenn man daher etwas überhaupt gekauft hat, wie bey dem Kauf der Erbſchaft zu geſchehen pflegt, wenn man ſich vergleicht, wenn man wettet, da findet in allen dieſen Fällen keine Laeſio ultra dimidium ſtatt. Ja es fällt alle Vervortheilung wegen Ungewißheit des Werths weg. Ueberhaupt alſo hat dieſe Querela nicht ſtatt in allen Fällen, wo es auf einen bloſen Zufall ankommt, man müßte denn dabey etwas gewiſſes zu beſtimmen wiſſen, welches aber wohl etwas ſeltenes ſeyn dürfte. Es iſt dieſes Remedium eine bloſe Erklärung des ältern Rechts. Denn ſchon nach den in den Pandekten vorkommenden Stellen konnte der Prätor einem ultra dimidium, aber auch infra dimidium Laeſo nach ſeinem Ermeſſen, und zwar aus der Clauſula generali, ſi qua mihi juſta Cauſa helfen. Weil aber ſolches dem richterlichen Ermeſſen über-

überlassen war, so konnte allerhand Bosheit dabey vorgehen. Es hätte ja der Richter nach Gunst oder Haß eine Beschädigung bald für wichtig, bald für eine Kleinigkeit halten, und also die Läsion entweder erkennen oder abschlagen können. Um nun dieses alles zu erkennen, ist in diesem Gesetz nur die Größe der Beschädigung bestimmt, und also das Jus antiquum dadurch declarirt, oder magis determinatum worden. Deswegen haben Cujacius und andre mit ihm sich sehr geirrt, wenn sie diesen Legem für neu und eine Abänderung gehalten haben. Das ist er nicht, sondern ein Lex Juris antiqui declarativa. Es wurde ja auch dadurch der Casus Lupi, der darinnen vorkommt, entschieden, das war ein Casus praeteritus. Neue Gesetze gehen nicht auf vergangene Fälle.

Mit mehrerm handelt hievon Caspar Ziegler in Diss. de Laesione ultra dimidium justi pretii hab. Wittebergae, sie heißt enormis, in oppositione ad enormissimam. Z. B. es kauft einer einen Diamantenschmuck, z. B. ein Kreutz für 500 Rthlr., als er es recht besieht und taxiren läßt, so hört er, daß es kaum 100 Rthlr. werth ist, das ist Laesio enormissima. In Bestimmung der Beschädigung muß man auf den wirklichen Preis, nicht den Affektionspreis sehen. Jenes ist der Preis, wofür man eine Sache gewöhnlich bekommen kann. Z. B. ein Pferd kostet, wenn es sehr theuer ist, 40, 50, 60, 70 Rthlr. Dieses aber ist derjenige, den jemand aus besondrer Neigung einer Sache beylegt, z. B. das Pferd, so ich habe, wollte ich nicht für 200 Rthlr. geben.

Drittes Buch

Tit. XII.

De Locatione Conductione.

§. 1.

Locatio Conductio (Miethvertrag) heißt derjenige Contrakt, vermöge dessen für den bestimmten Gebrauch einer Sache oder die zu leistenden Dienste ein gewisser Lohn (merces) versprochen wird. Titius z. B. miethet eine Magd, und verspricht ihr einen Lohn, so ist es Contractus Locationis Conductionis operarum, denn er läßt sich den Gebrauch der Dienste dieser Magd versprechen, und will ihn durch einen gewissen Lohn vergüten. Diesen Lohn nennt man

man bey der Locatione Conductione rerum, *Locarium*. Mevius miethet dem Sempronius sein Haus ab, oder Mevius verspricht dem Sempronius den Gebrauch seines Hauses, deswegen heißt er *Locator*. Hingegen verspricht Sempronius für den Gebrauch des Hauses jährlich etwas gewisses an Geld zu bezahlen, so heißt, was bezahlt wird, *Locarium*, und derjenige, der das Locarium verspricht, *Conductor*. Es ist fast wie der Kauf und Verkauf, nur daß allda die Sache selber für einen bestimmten Preis, hier aber nur der Gebrauch der Sache an sich gebracht wird. Nun giebt es aber auch Locationen Conductionem operis, welches Locatio Conductio Operarum et rerum zugleich ist. Z. B. Mevius dingt einen Zimmermann, der ihm sein Haus ausbessern soll, so hat man hier Locationem Conductionem Operis, denn man hat zugleich Locationem Conductionem Operarum, und Locationem Conductionem rerum, indem der Zimmermann das Haus, um es wieder herzustellen, miethet, hingegen seine Operas vermiethet. Das Haus aber zur Ausbesserung vermiethet der Hausherr, und hingegen miethet er die Operas des Zimmermanns dazu. Man kann daher auch Locat. Conduct. eintheilen in Locat. Conduct. rerum et facti. Jene betrift bald körperliche Dinge, bald Gerechtsame. So wird z. B. die Jagd manchmal verpachtet. Diese betrift entweder eines Menschen oder aber eines Zugthiers Arbeit.

§. 2.

Daher sind bey der Locatione Conductione die Personen verschieden. Es kann einer in verschiedener Rücksicht zugleich Locator und Conductor seyn, z. B. in der Locatione Conductione Operis ist der Zimmermann Conductor Operis, denn er miethet das Haus, um es auszubessern, und der Hausherr ist Locator Operis seu aedium, er vermiethet ihm das Haus, um es wieder herzustellen. Hingegen ist der Zimmermann zugleich auch in anderm Betracht Locator, denn er verdingt seine Arbeit dem Hausherrn. Der Hausherr aber ist wieder in andrer Rücksicht Conductor, ob er gleich Locator Operis ist, nämlich in so weit er des Zimmermanns Operas zum Haus dingt. Ueberhaupt muß man darauf sehen, wer zu erst die Arbeit und das Werk dem andern anbietet, und wer es nur annimmt. In jenem Falle ist der Anbieter der Vermiether, es mag jetzt nun der Eigenthümer oder aber der Handwerksmann es anerbothen haben. In diesem Falle heißt der Einwilligende der Miethsmann. Ist aber der Anbieter nicht bekannt, so klagt man mit der Actione praescriptis verbis in factum. L. 1 §. 1 D. de praescr. verb.

§. 3.

Die Sachen, welche vermiethet werden können, müssen einen gewissen

Gebrauch, und einen gewissen Lohn, mithin einen gewissen Werth haben. Daher können es auch unkörperliche seyn, z. B. Jurisdictio, wegen der Gerichtssporteln, Jus Patronatus, Zölle. Die Juristen haben ehemals den Contrakt eines Professors mit Studenten, denen er ein Collegium zu halten, für so und so viel verspricht, für keine Locationem Conductionem Operarum, sondern Contractum innominatum halten wollen, weil nämlich eines Professoris Dienste unschätzbar wären, da sie zu den freyen Künsten gehörten. Heut zu Tage aber hält man das nicht mehr dafür, sondern man hält auch die Operas, welche die Alten für unschätzbar gehalten haben, für schätzbar, und also, wenn der Professor bestimmt, wie viel er für das Collegium annehmen will, z. B. für ein Privatissimum 50 Rthlr., folglich seine Operas selbst bestimmt, und der Student verspricht es, so ist kein Grund vorhanden, warum man den Contrakt unter ihnen nicht pro Locatione Conductione Operarum halten sollte. Gleichergestalt, wenn man mit einem Advokaten eins wird, daß er den Proceß führen soll, wofür man ihm 400 Rthlr. geben wolle, so ist es Locatio Conductio, ungeachtet man sonst geglaubt hat, daß kein Verhältnis zwischen solchem Preis und solcher Arbeit sey. Freylich kann man ihn auch als einen Contractum innominatum, facio, ut des, ansehen, ohne daß jedoch eine Laesio ultra dimidium statt hätte. Denn einer kann seine Bemühung weit höher anschlagen, als ein andrer, und wer ihm so viel nicht geben will, als er verlangt, kann es bleiben lassen, mit ihm sich einzulassen, weil ihm nichts daran gelegen. Mit der Hauptsache wird auch zugleich die Zugehörde für vermiethet angesehen, ausser die Landesgesetze stehen im Wege. Z. B. in manchen Städten darf niemand brauen, als der das Bürgerrecht hat. Also wird auch ein solches Brauhaus an einen, der kein Bürger ist, nicht mit vermiethet, so auch, wenn gleich ein Edelmann sein Rittergut mit aller Zugehörde verpachtet, so pflegt er sich doch ordentlich das Jus Patronatus vorzubehalten, weil es etwas geistliches ist, welches nicht für Geld angeschaft werden kann.

§. 4.

Wo der Miethzins nicht bestimmt ist, da ist gleich ein andrer Contrakt, nämlich Contractus innominatus, Do ut Facias. Man setze, daß der Hausherr mit einem Zimmermann übereinkömmt, daß er ihm sein Haus ausbessern soll, er sagt aber, wenn ihr fertig seyd, so wollen wir schon einig mit einander werden, da fragt es sich, ob das Locatio Conductio ist? Antw. Nein, denn Locatio Conductio muß von einem Contractu innominato, Do ut Facias, unterschieden werden, es läßt sich aber Locatio Conductio nicht von dem Contractu innominato, Do, ut Facias, unterscheiden, wo nicht die Datio

be-

bestimmt ist, oder merces determinatâ prästirt wird. Auch muß der Miethzins in baarem Gelde bestehen, sonst würde wieder ein Contractus innominatus, Do, ut des, daraus werden. So wird wegen der Bequemlichkeit für den Gebrauch einer fruchttragenden Sache ein gewisser Antheil der Früchte bedingt, wodurch colonus partiarius entstanden, wovon Lauterbach geschrieben hat. Wenn einer z. B. Aecker dem andern verpachtet hätte für 200 Rthlr., so kann ihm der Conductor an Korn so viel dafür bezahlen, als diese Summe beträgt, das ist gleich viel, denn das Korn kann ja gleich zu einer solchen Summe Gelds gemacht werden, und es bleibt deswegen doch Locatio Conductio rerum, oder wenn ich einen alten Schlafrock hätte, und zu einem Schneider sagte: ich will mich für die Mühe schon gerecht finden lassen, so wäre es Contractus innominatus, facio, ut des.

§. 5.

Forma Locationis Conductionis besteht in Essentialibus. Ein Essentiale ist die beyderseitige Einwilligung, daher gewöhnlich niemand wider Willen zum Miethen gezwungen werden kann. Wenn daher gleich Peter Rebuff de Privileg. Studiosorum dafür hält, daß die Studenten einen Eigenthümer zur Vermiethung seines Zimmers zwingen können, so ist es doch nicht wahr. Es steht ihnen Exceptio, tua non interest entgegen. Denn sie können auch anderwärts wohnen. Daher sie auch bey der Abreise die Pferdephilister zur Vermiethung der Pferde nicht zwingen können, ausser, wenn diese genug Versicherung wegen des Pferds in Händen haben. Ein anders ist es bey Personen, die in einem Amte stehen, wo es ihnen nicht gleichviel gilt, wo sie wohnen, und wie oft sie die Wohnung mit ihren Habseligkeiten wechseln müssen. Hingegen ist die Freyheit zu vermiethen in einigen Fällen eingeschränkt, z. B. bey Gelehrten, wovon zeugen kann Heinrich Linkers Disp. de Jure Literatorum contra vicinos strepiferos aliosque studia impedientes, als gegen Huf- Kupferschmiede, Böttcher, Rothgerber wegen des Gestanks. Allein in Ansehung der Einwilligung kommt Locatio Conductio mit den andern Contrakten überein. Mithin muß sie durch die übrigen Essentialia von andern Contrakten abweichen. Die Essentialia, wodurch sie von andern Contractibus unterschieden ist, sind, daß ein Verständnis wegen des Gebrauchs vorgegangen seyn muß, und zwar 2) um einen bestimmten Miethzins, deswegen, wenn ich einem eine Stube umsonst vermiethet habe, ist es nicht Locatio Conductio, weil das substantiale, merces dabey fehlt. Und zwar muß in Geld bezahlt werden, so daß es nicht gleichviel gilt, ob baares Geld, oder etwas andres gegeben wird. Durch jenes unterscheidet sich Locatio Conductio von den Contractibus gratuitis, z. B. dem Commo-

Commodato. Es kann auch diese Locatio Conductio nur auf einige Zeit eingegangen werden. Ich kann z. B. einem mein Haus auf 6 Jahre vermiethen, da fragt es sich, wenn man einen im Besitze der vermietheten Sache über die bestimmte Zeit hinaus läßt, ob dann auch noch Locatio Conductio daure? Antw. Ja. Denn man siehet es als eine stillschweigende Fortsetzung des Miethvertrags unter den vorigen Bedingungen an, ausser eines Dritten Einwilligung wäre nothwendig. Z. B. ein fremder Studiosus kommt in ein Haus, und will eine Stube miethen, der Wirth ist etlichmal geschwänzt worden, daher er ihm ein Pfand zu seiner Sicherheit geben muß. Das erste halbe Jahr bezahlt er, das andere miethet er stillschweigend aufs neue, da bleibt das Pfand auf dem alten Fuße bey dem Locatore. Hingegen ein Bürger bürget für einen Studiosum, daß ihm ein andrer seine Stube vermiethen solle. Wenn das halbe Jahr vorbey ist, und der Studiosus hat gezahlt, miethet aber aufs neue, so fragt es sich, ob der Bürge noch aus der ersten Bürgschaft verbunden ist? Antw. Nein, es wäre denn, daß er aufs neue gutgestanden wäre. Diese tacitam Locationem Conductionem nennt man Relocationem und Reconductionem. Da fragt es sich aber, wie weit man die Relocation und Reconduction erstrecken könne? Denn z. B. es hätte einer ein Haus auf sechs Jahre gemiethet, nach sechs Jahren bleibt er noch darinn, ob er gleich die Miethe auffagt, so fragt sichs, ob ihn dann der Locator vertreiben kann, oder ob eine Relocatio und Reconductio statt finde, und wie weit? Was nun die Feldgüter betrift, so ist bekannt, gewöhnlich ziehet man die Nutzungen aus ihnen jährlich, und verpachtet sie daher auch gewöhnlich Jahrweise. Wenn daher einer einem auf sechs Jahre ein solches Landgut sollte verpachtet haben, und er läßt ihn doch noch über sechs Jahre darinn, so kann man nicht vermuthen, daß er es länger, als auf die gewöhnliche Zeit verpachtet habe, und daher kann die stillschweigende Verpachtung über ein Jahr nicht erstreckt werden. Sollten es aber Feldgüter seyn, daraus man die völligen Einkünfte nur innerhalb drey Jahren erheben kann, und es wäre auch die Verpachtung auf sechs Jahre geschehen, so kann man alsdann, wenn der Conductor in dem Praedio noch gelassen wird, doch die Relocationem über drey Jahre nicht erstrecken, denn man muß annehmen, daß die Relocatio, so wie in Ansehung der Bedingungen überhaupt, also auch auf die vorige Zeit geschehen sey. Es hat dieses statt, wo die Aecker in drey Felder getheilt werden, von welchen alle Jahre eines brach liegt. Sonst könnte der Pachtmann nicht alle drey Felder nutzen. Betrift es aber Wohnungen, und es hat statt, was gewöhnlich dabey beobachtet wird, daß nämlich der Nutzen aus solchen Gütern jeden Augenblick bezogen wird, so kann man Relocationem und Reconductionem nur annehmen in so lang, als der Locator den Conductorem nach geendigter Miethzeit

in

in dem Praedio urbano läßt. Daher kann er ihm aufsagen, wann er will. Wenn ich z. B. ein Haus auf ein Jahr gemiethet habe, und es läßt mich die Wirthinn noch länger darinn, so kann sie mir aufsagen, wann sie will, denn es geschieht zwar eine Relocatio und Reconductio, wenn sie mich über die bestimmte Zeit darinn läßt, aber nicht weiter, als auf die Zeit, da sie mich darinn läßt. Wobey doch auch darauf zu sehen ist, ob ein solches Gut bestimmte jährliche Einkünfte hat, z. B. in einem Wirthshause, oder aber nicht, wie in einer Stube. Im erstern Falle muß dem Miethsmanne so viel Zeit nach Endigung der Miethe gelassen werden, um die Einkünfte ganz beziehen zu können. Daher wird ein Wirthshaus auf ein Jahr wieder verliehen zu seyn vermuthet. Wirthshäuser verinteressiren sich nicht allezeit, sondern nur etwa zu Meßzeiten. Daher auch bey einer solchen Verpachtung stillschweigend auf ein Jahr contrahirt wird. Im andern Fall hingegen, obgleich die Miethe nur in soweit stillschweigend erneuert wird, in soferne jeder gewohnt hat, und daher beyde Theile abspringen können, so wird doch erfordert, daß solches behörig geschehe, d. i. daß der Miethsmann bequem eine andre Wohnung, der Eigenthümer aber einen andern Miethsmann suchen könne. L. 13 §. fin. L. 14 L. 16 C. de Locat. Bey Arbeits- oder Dienstvermiethungen hingegen wird die Erneuerung auf die Zeit, auf welche der erstere Contrakt eingegangen worden ist, erstreckt, ausser es ist eine landübliche Zeit bestimmt, z. B. Johannis, Weihenachten. Wenn also kein Theil dem Vertrag entsagt, so geht er bis zum nächsten Ziele fort. Philippi de relocatione tacita.

§. 6.

Contractus *Admodiationis* ist eine Art der Miethe oder Pachts einer ganzen Gegend, oder mehr ihrer unbestimmten Einkünfte. Das Wort Admodiatio kommt her von *admetiri*, weil nämlich hier der Locator einem vorschreibt, wie er die Sache nutzen und gebrauchen soll. Es weicht also diese Locatio Conductio von andern Arten nur darinn ab, daß hier eine Vniversitas rerum, z. B. eine ganze Provinz, ein ganzes Amt einem verpachtet wird. Da sind nun freylich die Fructus incerti, können also auch nur ungewisse Früchte in Bestimmung des Pachtgeldes in Betracht kommen, daß man sich demnach in Bestimmung desselben mehrern Theils nach der Wahrscheinlichkeit richten muß. Uebrigens aber verhält es sich bey dem admetiren, als wie bey andern Arten der Locationis Conductionis. Denn es ist wie bey Colonis, alle differiren nur ratione Objecti. Wer ein Praedium urbanum miethet, den nennt man *Inquilinum*, z. B. den, der mir ein Haus abmiethet. Der mir aber ein Praedium rusticum abmiethet, heißt *Colonus*. Der mir ein ganzes Amt abpachtet, heißt *Admodia-*

modiator. Alles differirt also nur objective. Ein solcher Amtmann ist nicht mit denen, welche bey Edelleuten die Oekonomie besorgen, und dafür ihren Lohn und eine gewisse Quantität an Korn haben ꝛc. und auch Amtmänner heissen, zu verwechseln. Jene verwalten bisweilen neben den Wirthschaftsverrichtungen auch die Gerichtsbarkeit. Dieses nun, daß bey der Admodiatio die Fructus bey der Determinatione Locarii incerti sind, macht, daß keine Laesio ultra dimidium statt findet, weil Laesio allemal eine Sache von bestimmtem Werth voraussetzet. Ein andres aber ist es, ob es nicht nach dem Naturrecht statt finde. Was dießfalls Rechtens ist in Emtione Spei, das muß freylich auch bey der Admodiatione beobachtet werden. Man findet hievon vieles in Besoldi Thesauro practico, worinn er die meisten in foro vorkommenden Materien Voce Admodiren mehr nach der Praxi und Observanz, als nach den gemeinen geschriebenen Rechten behandelt hat. Struv hat zu Jena eine besondere Dissert. de Admodiatione geschrieben.

§. 7.

Aus dem Contractu Locationis Conductionis entsteht eine Obligatio, sowohl von Seiten des Locatoris als Conductoris, und also hat man folglich eine wechselseitige Hauptverbindlichkeit. Die Verbindlichkeit des Vermiethers geht darauf, den Gebrauch seiner Sache zu gestatten oder seine Dienste zu verrichten, die Verbindlichkeit des Miethmanns aber geht auf die Bezahlung des Miethzinses oder Arbeitlohns.

Weil der Herr des Fundi das Miethgeld bekommt, so muß er auch die Steuern, Einquartirungskosten und andres entrichten. Wenn daher der Miethsmann vom Fisco deswegen belangt wird, so kann er an den Eigenthümer sich halten. Wenn daher die Hube zehendbar ist, so siehet sich der Pachtmann wohl vor, daß er nicht zu viel Pachtgeld gebe. Wenn hingegen der Fürst Kopfgeld ausschreibt, so muß der Miethmann selbiges als ein Bürger übernehmen, weil er solches doch übernehmen müste, wenn es auch sein Eigenthum wäre, und er den Fundum nicht gemiethet hätte. Man nennet solches Capitationem, dahin gehört auch die Vermögenssteuer, von welcher Capitatione Strauch zu Wittenberg eine Dissert. geschrieben. Es versteht sich von ausgeschriebenen Auflagen. Anders verhält es sich daher, wenn der Soldat eigenmächtig Quartier nimmt. Dieses gehört unter die Unglücksfälle. Lincker zu Altdorf hat eine Dissert. geschrieben sub Tit. Metata militaria. *Nicolai* D. Jura Metatorum.

§. 8.

§. 8.

Derjenige, welcher dem andern eine Sache vermiethet oder verpachtet, muß sie so überliefern, daß sich der Miethmann derselben bequem bedienen kann. Denn für den Gebrauch bezahlt ihm der Conductor den Miethzins, folglich muß er auch, wo er das Locarium verlangen will, die vermiethete Sache so prästiren, daß der Vsus daraus percipirt werden kann. Wenn einer dem andern ein Haus vermiethet, so muß er es so liefern, daß er es gebrauchen kann. Er muß die Oefen darinn machen lassen, und was dergleichen mehr ist, sonst kann er es ja nicht bewohnen, da er gleichwohl gegen die Wohnung, die ihm der andre einräumt, Hauszins versprochen hat, mithin, da er alle Augenblicke der Miethfrist diesen Vsum soll percipiren können, weil darauf das Locarium eingerichtet ist, muß er auch das Haus in baulichem Wesen erhalten. Folglich, wenn auch der Conductor etwas bezahlt hat, wodurch die Bewohnung erhalten worden ist, so hat er es in der That dem Locatori nur vorgeschossen, und gehört also ein solcher Vorschuß ad debita liquida, um derentwillen er nicht eher, als bis er befriedigt ist, aus dem Hause weichen darf. Was aber der Conductor selbst verderbt, das muß er auch selbst wieder ausbessern lassen, z. B. wenn er die Fenster muthwilliger Weise einschmeißt, so muß er sie auch wieder machen lassen. Ein andres aber wäre es, wenn z. B. das Gewitter die Fenster eingeschlagen hätte, da darf der Conductor dieselben nicht machen lassen, sondern die hat der Locator machen zu lassen, indem der Miethmann für einen solchen Casum fortuitum nicht zu stehen gehalten. Ferner muß der Vermiether alles, was aus der Natur des Vertrags oder den angehängten Nebenverträgen fließt, erfüllen. Wenn z. B. der Locator versprochen hätte, noch etliche Zimmer machen, oder Zimmer durchbrechen zu lassen, so heißt es: Pacta adjecta dant Legem Contractui, der Locator muß es halten, als wenn die Gesetze selbst es verordnet hätten.

§. 9.

Wenn einer dem andern seine Dienste verdingt, so muß er sie getreulich, und zwar genau leisten, und geht es nicht an, daß er sich davon durch Bezahlung des Interesse befreyen kann, so lange die Operae selbst noch prästirt werden können. Ist einer ein Tagelöhner, so gilt in Ansehung der zu leistenden Culpae das, was gewöhnlich bey der Dienstvermiethung statt hat. Locatio Conductio ist nämlich ein Contractus, der beyderseitigen Nutzen befördert, in dergleichen Contractibus aber wird Culpa Levis prästirt. Daher prästirt ein Tagelöhner Culpam levem, d. i. was er omittendo diligentiam mediam versehen hat, dafür muß er stehen. Ein Künstler aber verbindet sich zu mehr, nämlich allen Fleiß an-

anzuwenden, der ihm möglich ist, und den man bey der Kunst, wie gewöhnlich, anwendet. Wer aber ad omnem diligentiam praestandam obligirt ist, der präſtirt Culpam leviſſimam, daher präſtirt ein Künſtler Culpam leviſſimam.

§. 10.

Bisweilen kann auch der Locator den Conductorem vor Endigung der Miethzeit vertreiben, nämlich in den Fällen, welche er beym Contrakt ſtillſchweigend ausgenommen hat. Das ſind nun diejenigen Fälle, wo unvermuthet eine Noth ſich hervorthun ſollte, um derentwillen er ſelbſt ſeine Sache nöthig hat, oder andere nicht darinn leiden kann. Z. B. Mevius hat zwey Häuſer, er vermiethet eines dem Sempronius, das andre aber behält er für ſich, ſein Haus brennt ihm ab, und er weiß alſo nirgends wohin, als in ſein dem andern vermiethetes Haus, da iſt überfallende Noth vorhanden. Den Fall hat er ſtillſchweigend ausgenommen, denn er hat nur dem Conductori eingeräumt, ſein Haus ſo lange zu gebrauchen, als bis er es ſelbſt nicht brauchen wird. Hätte er gewußt, daß er es ſelbſt brauchen würde, ſo hätte er es nicht vermiethet. Wenn man ihn auch fragen würde, ob er auf den Fall das Haus vermiethen wollte, ſo würde er geſagt haben: Nein. Unterdeſſen, wenn auch eine ſolche Noth wider Vermuthen entſteht, ſo muß es civiiiter und cum temperamento verſtanden, d. i. es muß doch noch dem Conductori ſo viel Zeit gelaſſen werden, daß er ſich um ein andres Haus umſieht, denn er hat doch bisher aus dem Vertrag ein erlangtes Recht gehabt, und kann daher ſo ſchlechterdings nicht darum gebracht werden. Auch hier kommt vieles auf das richterliche Ermeſſen an. Es kann derſelbe eine Friſt ungefähr von ſechs oder ſieben Wochen anſetzen, da indeſſen die Miethsleute ſich um eine andre Wohnung umſehen können. Manchmal geſchieht es auch, daß man auf den Fall dem Locatori die Selbſthülfe einräumt. Allein dieſe wird nicht gelitten. Wo demnach auch einem Locatori ein ſolches Recht eingeräumt worden ſeyn ſollte, ſo iſt es doch nicht gültig, als wenn der Miethsmann oder Pachter gutwillig weicht. Setzt er ſich dagegen, ſo muß man doch der rechten Hülfe ſich bedienen. Und zwar wird auch hier erfordert, daß die Noth ſo dringend, daß nicht zugleich der Conductor im Hauſe verbleiben könne, denn wenn z. B. das Haus ſo baufällig würde, daß es der Locator bauen laſſen müſte, und es alſo nicht angienge, daß der Conductor darinn mit blieb, ſo muß er freylich heraus, geht es aber an, das Haus ausbeſſern zu laſſen, daß der Conductor darinn bleiben kann, ſo kann ihn der Locator nicht heraustreiben. Ja, wenn die Zeit der Miethe noch nicht verfloſſen iſt, und das Haus während der Zeit reparirt wird, ſo kann der Conductor verlangen, daß ihn der Locator auch in das ausgebeſſerte Haus einnehme, damit er es doch

noch

noch die übrige Zeit über bewohnen könne. 2) Wenn der Conductor sich in der Wohnung übel aufführt, er verderbt z. B. alles, oder sind es Praedia rustica, so baut er nichts an, oder er saugt sie ganz aus, wenn es z. B. Aecker sind, läßt er sie niemals brach liegen, so bringt er sich durch Mißbrauchen um sein Jus quaesitum. Denn er geht ab von dem Lege Contractus, da derselbe nur auf den Vsum, nicht aber den Abusum geht. Wenn ein Theil den Contrakt nicht hält, so kann der andere auch davon abgehen. Eben so, wenn der Miethzins zwey oder dreymal nicht bezahlt worden ist. Z. B. es hätte einer dem andern sein Haus auf sechs Jahre vermiethet, das erstemal gleich wird das Locarium nicht abgetragen, das zweytemal auch nicht, so ist sogleich der Locator befugt, den Conductorem zu vertreiben, das erstemal zwar nicht, denn das kann manchmal sehr zu entschuldigen seyn, wohl aber das zweytemal, denn da könnte es sich hernach allzusehr häufen, daß der Conductor gar nicht mehr im Stande wäre, es abzutragen, und doch hätte er den Gebrauch gehabt, und dadurch verhindert, daß derselbe andern nicht überlassen werden können. Deswegen ist hier periculum in mora, und findet die Austreibung des Miethmanns statt. Hievon handelt mit mehrerm Gottfried Nicolaus Jtichs Dissert. de expulsione Conductoris ante tempus. Wenn aber der Vermiether gestorben, und der Miethmann das Haus im Testament vermacht bekommen, so darf er solches nur gegen den Erben darthun, und dann hat dieser an ihn nichts zu verlangen. Kann aber der Conductor wohl sagen, wenn das Haus verkauft wird: ich habe vor einem Fremden den Vorzug, und will eben das Geld geben? Antwort: Nein, weil die Leges von solchem Vorzuge nichts wissen.

§. 11.

Bisweilen kann auch der Conductor vom Contractu Locationis Conductionis abgehen, wenn die Sache den Gebrauch nicht gewährt, welcher ihm versprochen worden, und also auch, wenn sie ihm nicht ganz gewährt worden ist, so ist er auch nur zum Theil den Contrakt zu halten schuldig, und kann der andre nur einen Theil des Mieth- oder Pachtgeldes fordern. Nun sind allerhand Fälle, wodurch geschieht, daß eine vermiethete Sache ihren Vsum, worauf man gesehen hat, nicht prästirt. Es gehört dahin beträchtliche Unfruchtbarkeit, wegen dieser muß wo nicht die Pensio gänzlich, doch aber zum Theil nachgesehen werden, denn wenn der Conductor sich hätte vorstellen sollen, daß er gar nichts ziehen werde, so würde er den Contrakt nicht eingegangen haben, und doch hat ihm der Locator versprochen, die Sache so zu liefern und zu erhalten, daß er Nutzen davon haben soll. Wobey aber zu bemerken ist, daß eines Jahrs Unfruchtbarkeit durch die Fruchtbarkeit der vorgehenden oder nachfolgenden Jahre aufgehoben

wird, und also nicht in Anschlag kommt, ausser es hätten sich die Parthien so verstanden. Den Casum fortuitum muß so auch allemal der Vermiether tragen. Wenn das Wetter einschlägt, so leidet er den Schaden nicht sowohl an den Früchten, als am Grundstücke. Es muß aber freylich ein solcher Schaden seyn, der nach der Natur des Ackers nicht ordentlich, sondern ausserordentlich dazu kömmt, z. B. Mäuseschaden, denn wenn der Acker steinig ist, so folget von sich selbst, daß der Pachtmann nicht so viel Geld dafür geben werde, als wenn er gut und fruchtbar ist. Obgleich aber hier der Casus fortuitus blos die Früchte angeht, so wäre es doch unbillig, daß, da das Locarium in compensationem fructuum prästirt wird, nach wie vor, und wie man es versprochen hat, die Pensio annua prästirt werden sollte Und so verhält es sich auch bey Häusern, die man gemiethet hat, und die höchst baufällig werden, so daß man sie nicht mehr bewohnen kann. Da kann der Conductor abtreten, ohne daß er das übrige Locarium zu bezahlen braucht, denn da kann er die Sache nicht weiter so haben, daß sie ihm den Gebrauch gewähret, wofür er den Hauszins versprochen hat. So ists auch, wenn es in einem Hause spuckt, i. e. si spectris infestetur. Thomasius hat über den Fall eine ganze Disputation geschrieben, ob man nämlich aus einem Hause um deswegen ziehen könne, weil es darinnen spucke. Andere sind der Meynung, es könnte manchmal einer in einem Hause durch allerhand böse Leute beunruhiget werden, die etwa dem Locatori auffetzig sind, und ihm sein Haus beschreyen wollen, da man doch in dem Glauben stehe, als ob es in dem Hause spucke. Genug also, daß einer nicht in dem ruhigen Besitze des Hauses seyn kann, es mag die Unruhe herkommen von unruhigen Leuten oder von Gespenstern, wenn er nur durch Zeugen, die dabey gewesen, darthun kann, daß er wegen Lebens- oder Gesundheitsgefahr das Haus nicht mehr bewohnen könne, so muß man ihm erlauben, es zu räumen. Es ist aber freylich schwer zu beweisen, daß einer so beunruhiget wird, z. B. wenn man vorgiebt, daß es durch Gespenster geschehe. Ja es hat sich einer davor in Acht zu nehmen, vorzugeben, es wäre ein Gespenst im Hause, um dessentwillen er ausziehen wolle Kann er es nicht beweisen, so bringt er das Haus in ein übles Geschrey, und will es hernach niemand mehr beziehen, so kann ihn der Locator ad Interesse belangen. Solchemnach wird der Fall selten eintreten, wenn einer klug handelt, daß er wegen Gespenster von dem Contrakt abgehen will. Darum sagt Struv: in dergleichen Fällen, wo man vom Contractu Locationis Conductionis abweichen will, komme das meiste auf das richterliche Ermessen an, der muß beurtheilen, ob eine solche Ursache vorhanden, daß man um derselben willen die gemiethete Sache nicht gebrauchen kann, um deswillen man doch den Miethzins versprochen hat. So kann man auch bey Dienstver-

dingungen vor der Zeit abgehen, wenn z. B. das Gesinde von der Herrschaft gar zu hart gehalten wird, in welchem Falle sie doch den ganzen Lohn bekommen, ausser sie verdienen sonst gleich wieder etwas. So auch, wenn die Mägde heyrathen. Denn Freyen geht vor Miethen.

§. 12.

Sonst ist der Conductor gehalten, das Pacht- oder Miethgeld zu bezahlen, wenn er auch gleich die gemiethete Sache vor der Zeit ohne Grund verlassen hat. Wenn nichts daran ist, daß in dem Hause eine solche Unruhe, und der Miethmann Leibes- und Lebensgefahr ausgesetzt ist, sondern er hat andere Ursachen, warum er nicht länger den Contrakt halten will, so muß er doch den Hauszins bezahlen, so, als wenn er im Hause geblieben wäre, denn der Locator muß den Contrakt halten, also muß ihn auch der Conductor halten. Der Locator kann so schlechterdings nicht vom Contrakt abgehen, so muß sichs also auch der Conductor gefallen lassen, wenn er zurückgeht, und von dem zu bezahlenden Locario frey seyn will. Uebrigens aber, weil er nur den Gebrauch eingeräumt bekommen, so kann er auch die Sache nicht anders, ihrer Substanz unbeschadet, gebrauchen. Er muß sie selbst wieder unverschlimmert, ob zwar auch nicht verbessert, als wie er sie erhalten hat, liefern. Was die Culpam anbetrift, wenn er durch ein Versehen der Rei conductae geschadet hat, so prästirt er Culpam levem. Muß denn aber der Locator auch dafür stehen, wenn auf der Wiese einige giftige Kräuter wachsen? Nein, denn er ist kein Botanicus, der Wissenschaft davon haben könnte. Wer aber nur Culpam levem prästirt, und nicht leviſſimam, der ist noch viel weniger ad Casum fortuitum gehalten, es wäre denn, daß der Conductor den Casum fortuitum übernommen hätte, wenn ihm z. B. der Locator nicht anders die Sache hätte vermiethen wollen. Z. B. es hat einer dem andern sein Pferd vermiethet, und es ist etwas unpäßlich, der Conductor besichtiget den Schaden, und sagt, es habe nichts zu sagen, sollte es auch darauf gehen, so wollte er den Schaden übernehmen. Fällt es nun, so mag der Conductor sich gefallen lassen, den zufälligen Schaden zu übernehmen. Wenn der Miethsmann zugleich alle Gefahr über sich nimmt, so ist dieses der Contractus *Socidae*, wovon Tabor eine besondere Dissert. geschrieben hat. Wenn einer ein Gut mit Vieh so übernommen hat, daß er eben dieses Vieh, in eben der quantitate und qualitate restituiren wolle, so ist dieses ein Contractus Socidae, oder eben so viel, als wenn es eisern oder beständig wäre. Deswegen heißt es auch eisern Vieh, weil es dem Pachtmann zur Last ist, indem er eben so viel wieder liefern muß, als er empfangen hat. Er ist Eigenthümer davon in Ansehung der Gefahr, nicht aber völlig,

völlig, sondern dasjenige, so zu geendigter Pachtzeit noch da ist, muß auch restituirt werden. Daher auch die Frau nicht sagen kann, wenn der Mann verganthet wird, daß sie vorgezogen werden müste, weil der Mann Eigenthümer davon geworden. Wiese hat de Contractu Socidae, von eisern Kühen, und Eisen de Rebus et Personis Ferreis, geschrieben.

§. 13.

Derjenige, welcher seine Dienste andern verdingt, muß dieselben leisten, wie er sie versprochen hat, und also sich nichts davon abhalten lassen. Denn wenn er die versprochenen Dienste aus seinem Versehen nicht prästirt, wenn er etwa davon lauft, so kann er den rückständigen Lohn nicht fordern. Hingegen, wenn er die versprochenen Dienste nicht hat prästiren können, so daß die Schuld nicht sein, sondern etwa des Locatoris ist, z. B. weil er ihn und seine Familie ohne rechtmäßige Ursache vertrieben hat, oder der Locator gestorben ist, so muß deswegen der ganze Lohn, als wie er dem Taglöhner, z. B. einem Mahler, dem ein Haus zu bemahlen verdingt worden, so prästirt werden, als wenn er die Arbeit wirklich gethan hätte, denn es hat nicht bey ihm gestanden, daß die Arbeit nicht verrichtet worden ist. Ein Verschwender miethet sich einen Kutscher, nach einem halben Jahre aber wird sein Vermögenszustand so schlecht, daß er Kutsche und Pferde verkaufen muß, so muß er doch dem Kutscher den ganzen Lohn fürs ganze Jahr geben, weil der Kutscher nicht schuld daran ist, sondern der Herr, daß er die Dienste nicht prästiren kann, es wäre denn, daß er ihn anderweit unter gleich guten Bedingungen unterbringen könnte. Eben so ist auch der Miethsmann und Pachter das Mieth- und Pachtgeld zu bezahlen gehalten, wenn gleich der Locator sollte krank geworden seyn, denn das kann dem Dienstmann nicht zum Schaden gereichen, da es nicht von seinem Versehen hergekommen ist, wo nicht wieder erwiesen werden kann, daß er muthwilliger Weise, z. B. etwa durch Saufen ꝛc. die Krankheit sich zugezogen haben sollte.

§. 14.

Aus diesem kann man nun auch leicht die daher rührende Klage beurtheilen. Aus einer Obligatione principali entsteht eine Actio directa, die Actio überhaupt aber, die ex Locatione Conductione entspringt, heißt Actio *Locati Conducti*. Daher entsteht eine Actio mutua, utrinque directa ex Locatione Conductione, und steht dieselbe dem Locatori sowohl gegen den Conductorem, als dem Conductori gegen den Locatorem zu, einem jeden nämlich auf das, wozu ihm der andre obligirt wird. Solchemnach klagt Locator gegen den Conductorem, daß er den Miethzins bezahle, und nach geendigtem

Gebrauch

Gebrauch die Sache zurückgebe. Die aufgewandten nöthigen und nützlichen Kosten muß der Vermiether ersetzen, welches von solchen Verbesserungen, welche über die Miethzeit dauern, zu verstehen ist. Denn wenn nur wenig Nutzen übrig ist, so darf der Vermiether auch nur so viel vergüten. So sind impensae utiles, wenn der Conductor einen neuen Ofen in die Stube setzen lassen, wenn aber derselbe solchen so lange gebraucht, daß er bey seinem Abzuge nichts mehr nutz ist, so kann er das Geld, was er ihn gekostet, nicht wieder begehren. In Ansehung des Aufwands zum Vergnügen oder Verschönerung hat der Conductor ein Jus tollendi. Ueber dieses hat man darauf zu sehen, was aus der Natur des Contrakts noch weiter fließt. Z. B. einer hat die Miethe für drey Jahre vorausbezahlt, im zweyten Jahre verkauft der Locator den Fundum, so kann der Conductor die Miethe für das dritte Jahr zurück verlangen.

§. 15.

Da Locatio Conductio ein Contrakt ist, so geht sie auch auf die Erben. Einer pachtet ein Landgut auf 6 Jahre, stirbt aber in dieser Zeit, so müssen seine Erben doch den Pacht aushalten, weil man auch für seine Erben den Vertrag eingeht. Es fragt sich aber, ob denn auch der Successor singularis an Locationem Conductionem des Antecessoris gehalten sey? Antw. Der Successor singularis repräsentirt nicht die Person des Antecessoris, z. B. ein Käufer, der titulo singulari, und nicht titulo universali hereditario die Sache von seinem Antecessore acquirirt hat, darf also auch nicht, weil er seine Person nicht repräsentirt, sein Factum prästiren. Ein Prälat hat bey seiner Pfründe sechs Huben Landes, und verpachtet solche, stirbt aber, ehe der Pacht zu Ende, so ist der neue Prälat nicht schuldig, solchen Contrakt zu halten, weil des Vorfahrers blos zeitiges Recht mit dessen Tod erlöscht ist. Wenn ein Edelmann sein Lehengut auf vier Jahre verpachtet, interessen aber verstirbt, und das Lehen auf seinen Vetter fällt, so ist dieser nicht schuldig, des Verstorbenen Contrakt zu halten, weil er nicht aus der Erbschaft, sondern nach den Gesetzen das Lehen überkömmt. Wenn der letzte Besitzer eines Stamms- als Majoratsguts solches verpachtet und stirbt, sofort der Aelteste in der Familie dasselbe nach ihm bekömmt, so darf er den Contrakt nicht halten, und zwar aus vorigem Grunde, wie beym Prälaten. Es hat einer den Nießbrauch von einem Garten, verpachtet solchen an einen Gärtner bis 1766, stirbt aber 1765. Quaer. ist der Dominus fundi schuldig, dem Gärtner den Contrakt zu halten, den der Vsufructuarius geschlossen? Antw. Nein, wie vorhin. Hätte sich demnach gleich der Antecessor gegen einen verbunden, ihm das Haus zur Miethe einzuräumen, und er verkauft es darauf, so ist der Successor singularis nicht daran gebunden,

sondern es heißt: Kauf geht vor Miethe. Einige sagen: es wäre doch unbillig, es hätte doch der Verkäufer vorher mit einem andern einen Contractum Locationis Conductionis errichtet. Allein deswegen ist er doch Herr geblieben, dieser aber kann das Seinige veräussern, denn das ist ein Effectus Dominii, daß der Herr des Hauses es auch noch verkaufen kann. Es folgt aber freylich dieß daraus, daß er dem andern zur Schadloshaltung gehalten ist, wenn etwa der Conductor einen Schaden davon haben sollte. Sonst aber, wenn er keinen Schaden erweisen kann, kann der Locator das Haus verkaufen. Ein anders aber ist es, wenn es ausdrücklich zu dem Ende, oder in Ansehung des Miethvertrags verpfändet worden seyn sollte. Denn die Hypotheke liegt auf dem Hause, und ist ein Onus reale auf demselben, das auf jeden Besitzer übergeht. Z. B. dem Vertrage sind folgende Worte beygesetzt: Und damit der Pachter diese Pachtzeit über desto mehr versichert sey, so will Locator ihm das vermiethete Haus bis zu Ende des Miethcontrakts hiemit unterpfändlich verschrieben haben. Wenn auch die Kirchenvorsteher einen Contrakt zum Nutzen der Kirche geschlossen haben, muß die Kirche solchen ebenfalls halten, weil sie im Namen der Kirche contrahirt haben. So ists auch mit Pupillen. Daher geht es auch nicht an, daß der Käufer komme, und den Contractum Locationis Conductionis per praestationem Interesse aufheben kann, denn Praestatio Interesse findet nicht anders, als in Subsidium statt, so lange nämlich nicht, als Obligatio principalis erfüllt werden kann. Deswegen muß der Käufer in dem Falle Locationem Conductionem halten, und noch viel mehr, wenn unter der Bedingung der Contractus Locationis Conductionis eingegangen worden, daß der Emtor den Conductorem seine Zeit über noch in dem Hause sitzen lassen solle, da sonst der Verkäufer ihm die Sache vor geendigter Miethzeit nicht verkauft hätte. Hat er dieses Pactum adjectum mit dem Venditor eingegangen, so heißt es: Pacta adjecta dant Legem Contractui, folglich muß er den Conductorem so lange im Hause lassen, bis seine Zeit aus ist. Auch bey Verganthungen soll nach Carpzov der Käufer den Miethvertrag erfüllen müssen. Allein die Erfahrung widerspricht. Eine gegründetere Ausnahme macht das Zurückbehaltungsrecht des Miethmanns.

Zum Beschluß ist hier noch der Streit zwischen dem Rintelischen Professor Zoll und Marburgischen Professor Zaunschlieffer zu erwähnen, deren jener in einer Dissertation behaupten wollen, Kauf hebe Miethe nicht auf, vi L. 9 C. Loc. Cond. dahingegen dieser das Proverbium, Kauf gehet vor Miethe, in Diss. Specimini Antinom. Mevianorum adnexa defendirt hat, welche Meynung auch in Praxi angenommen ist. Zu Hamburg aber ist per Statuta P. II.

T.

T. 9. §. 3 Zolls Meynung als etwas ganz besondres angenommen. Hingegen kann auch der Miethmann nach Verkaufung der gemietheten Sache zur fernern Miethung nicht gezwungen werden. Es hat einer ein Haus bis zu Ende des Jahres vermiethet, zu Anfang desselben wird es verkauft, der Käufer will den Miethmann sitzen lassen, bis die Zeit um ist, er will aber nicht, kann der Emtor denselben zwingen? Antw. Nein, weil er mit ihm nicht contrahirt hat, sondern mit dem Verkäufer. Wenn aber der Käufer sich des Verkäufers Jus quaesitum cediren lassen, so kann er den Miethsmann dazu zwingen.

Drittes Buch.

Tit. XIII.

De Contractu Emphyteutico.

§. 1.

Contractus Emphyteuticus (**Erbzinsvertrag**) heißt derjenige Vertrag, da man verspricht, das Dominium utile seiner Sache gegen einen jährlichen Erbzins zu Anerkennung des Obereigenthums zu übertragen. Denn Emphyteusis ist ein Dominium utile, pro certo Canone in recognitionem Dominii directi solvendo concessum. Man hat lange nicht gewußt, wohin man diesen Contractum rechnen soll, ob man ihn ad Locationem Conductionem oder ad Emtionem Venditionem zählen soll. Vor den Zeiten des Kayserss Zeno, der noch vor dem Justinian gelebt hat, schien er einer Locationi Conductioni ähnlich zu seyn, weil auch hier der Vsus rei concedirt, und certa merces bezahlt wird. Aber er schien auch der Emtioni Venditioni ähnlich zu seyn, weil das Eigenthum dadurch übertragen wird, und man auch ein Erbzinsgut verkaufen kann. Der Kayser Zeno aber hat verordnet, daß es ein besondrer Contrakt seyn soll, und daher auch eine besondre Formam hujus Contractus bestimmt. Denn es ist freylich wahr, daß es ein Contractus Dominii translativus ist, welcher daher a Contractu Locationis Conductionis abweichen muß, indem dieser kein Contractus Dominii translativus ist. Wozu noch kommt, daß die Praestatio, so bey der Emphyteusi gegeben wird, nicht, wie das Locarium bey der Locatione Conductione, dem Nutzen oder den Fructibus angemessen ist, sondern etwas geringes seyn kann, indem es blos zu Anerkennung

des Obereigenthums gegeben wird. Man kann ja das Dominium directum durch einen Gulden, durch etliche Hahnen und Gänse recognosciren. Er weicht aber auch vom Kauf ab, denn beym Kauf wird gewöhnlich das Eigenthum unwiederruflich, und ein Dominium plenum übertragen, hier aber ist das Dominium ein Dominium minus plenum, und die Uebertragung geschieht wiederruflich. Um demnach alle die alten Streitigkeiten auf einmal beyzulegen, war nöthig, daß ein besondrer Contrakt daraus gemacht wurde, und diese Constitutio Zenonis ist auch von Justinian bestättigt worden. Sonst hat Burmann in Tractatu de Vectigalibus populi Romani de Origine hujus Contractus Emphyteuticarii apud Romanos ausführlich gehandelt, und gezeiget, daß, wenn die Römer eine Provinz bezwungen, sie die guten Aecker ihren wohlverdienten Soldaten überlassen, die andern aber gleichfalls den Soldaten gegeben, damit sie solche anbauen, und jährlich einen gewissen Zins erlegen sollen. Weil diese nun solche Aecker auf beständig erhielten, so hieß Emphyteusis auch Ius *perpetuarium*, auch Jus *vectigale*. Anfänglich wurde auch die Pensio Vectigal genennet, nachher erst Canon. Daher auch dieser Contrakt keine bewegliche Sache zum Gegenstande haben kann, weil sich bey dieser Anbauung keine Verbesserung denken läßt, sondern vielmehr Abnutzung oder Aufzehrung folgt.

§. 2.

Die Personen, welche diesen Contrakt miteinander eingehen, sind der Dominus directus und der Emphyteuta. Denn die Emphyteusis entsteht, wenn das Dominium plenum getheilt wird, das Dominium plenum aber wird durch des völligen Eigenthümers Willen getheilt. Unterdessen will dieser das Dominium minus plenum utile nicht so schlechterdings auf den andern, sondern unter einer gewissen Bedingung, oder vielmehr sub modo übertragen, daß nämlich der andere die Sache anbauen, und zur Erkennung des Obereigenthums einen gewissen jährlichen Canonem prästiren soll. Derjenige nun, der sich verbindet, gegen das Dominium utile einen gewissen Canonem zu erlegen, heißt *Emphyteuta*, und der Dominus, welcher gegen eine jährliche dergleichen, obzwar geringe Prästation das Dominium rei suae, jedoch sub Lege meliorationis zugleich zu transferiren verspricht, heißt *Dominus directus*. Es kann also der Emphyteuta nicht gezwungen werden, ein solches Gut anzunehmen, denn es ist eine Last dabey, man muß es verbessern, und manchmal das ganze Gut umkehren, woher es eben gekommen ist, daß der Emphyteuta einen Theil der Eigenheit erhalten müssen. Daher muß er darein willigen, wenn er ad Canonem annuum praestandum et ad meliorationem gehalten seyn soll, mithin haben wir einen mutuum Consensum, folglich einen Contractum.

§. 3.

§. 3.

Es ist dieser Contrakt ein Contractus consensualis, denn ob er zwar von der Emtione Venditione, und von der Locatione Conductione unterschieden bleibt, so ist er ihnen doch in vielem ähnlich, und um dieser Aehnlichkeit willen ist gleich viel Grund vorhanden gewesen, den Contrakt als ein bloses Pactum gelten zu lassen, und nicht erst noch die Uebergabe zu dessen Gültigkeit zu erfordern, so wenig als die Traditio ad perfectionem Locationis Conductionis oder Emtionis Venditionis erfordert worden ist. Das wäre auch wieder viel zu weitläuftig gewesen, (weil dieses ein Contractus, der so häufig, und wobey man ohnedem auch allezeit seine Gedanken bey einander hat), wenn man zur Gültigkeit noch die Uebergabe hätte erfordern wollen. Daher hat man nicht nöthig gehabt, noch eine besondere Bedenkzeit zwischen dem ertheilten Consens und der Uebergabe anzuberaumen, das hätte Handel und Wandel zu viel gestöhrt, und geht nur an bey andern Contractibus, die nicht zu häufig sind. Weil nun Contractus consensuales durch wechselsweises Einwilligen gültig werden, und hiezu keine Uebergabe erfordern, so erfordern sie eben so wenig einen schriftlichen Aufsatz, als der Kaufvertrag, sondern wenn auch solcher hinzukömmt, oder ein Instrument darüber errichtet wird, so geschieht es blos wegen des Beweises. Wenn auch der Contrakt schriftlich verfaßt wird, ist derselbe schon vorher gültig. Zu einem Kirchen- oder Gotteshauserbzinsgut aber werden Instrumenta seu Libelli erfordert, da heißt der Aufsatz, welcher hinzukommt, *Libellus*, so noch von den alten Zeiten herkommt, da die Clerici allein schreiben konnten, auch mehr Vorsichtigkeit im Contrahiren, als die Laien gebrauchten. Wenn jene ein Kirchengut erbzinßlich weggaben, so schrieben sie alles auf, was sie dem Erbzinsmann gaben, weil es seyn konnte, daß das Gut wieder an sie fiele, und sie also alles wieder fordern konnten, was sie weggegeben hatten, auch in Ansehung der Verschlimmerung nicht so leicht Streit entstehen kann. Daher sind eben die *Bona libellaria* entstanden, von welchen Anton Matthäi in Introductione ad Jus Canonicum besonders gehandelt, und gezeigt hat, daß es bloße Bona Emphyteuticaria Ecclesiastica seyen. Diesemnach wird zwar ad formam Contractus Emphyteutici de Re Ecclesiastica Scriptura seu Libellus erfordert, ad Emphyteusin Secularem aber nicht, sondern da verbleibt es bey der natura Contractus, daß ein Contractus consensualis keine Scripturam ad sui perfectionem erfordert. Die Worte: L. 1 C. *Si ager vectigal. pactionibus scriptura interveniente habitis*, sind nicht Verordnungsweise, *dispositiva*. Verba enim dispositiva sunt, wenn das Gesetz etwas bestimmt, eine gewisse Form vorschreibt; *enunciativa* hingegen, wenn etwas blos

und ohne absichtliche Verordnung gesagt wird. So wird in dem angeführten Gesetze die schriftliche Verfassung nicht befohlen, sondern es beziehet sich nur auf den entschiedenen Fall. Dieser Aufsatz nun heißt auf teutsch: Erbzins- oder Erbleyhbrief, manchmal auch Lehensbrief, denn man heißt auch unterweilen die Emphyteusin ein Lehen, und selbst in diesen Erbzinsbriefen heißt unterweilen die Emphyteusis ein Lehen. Woher eben so viel Streit über die Qualität der Güter entsteht, wenn nämlich darinnen befindlich ist, daß das Gut ein Lehen sey, und man sogleich daraus schließen will, daß es ein Lehen sey, da doch unter einem Feudo und einer Emphyteusi ein großer Unterschied ist. Vielmehr hat man, wie Leyser in seinen Meditationibus wohl angemerkt hat, darauf zu sehen, wie die Natur des Guts beschaffen ist, und muß also das Wort nach Beschaffenheit der Sache verstanden werden, z. B. man muß sehen, was für das Gut geleistet werden soll, ob nämlich, wie nach dem Ursprung des Lehenswesens, Kriegsdienste, oder ob ein jährlicher Canon prästirt werden soll, denn dieser wird für kein Lehen prästirt. Daher muß man aus der Sache schließen, was für ein Begrif mit dem Worte Lehen zu verknüpfen, weil überhaupt die Teutschen Lehen ein solches Recht nennen, bey dessen Einräumung der Uebertragende sich noch ein Jus eminens vorbehalten hat, dergleichen das Dominium directum in Emphyteusi ist. (Lehen unterscheidet sich von allen ähnlichen Arten durch die dem Lehenherrn zu leistende Treue). Es ist also eine höchst nöthige Cautel, daß man sich wohl in Lehensbriefen ausdrückt, und zumal in Erbzinsbriefen, daß man das Wort, Lehen, bestimmt, und setzt, was es für ein Lehen seyn soll, damit man nachdem nicht über die Qualität der Güter zu streiten hat, wo zumalen die Qualitätsprocesse gemeiniglich sehr lange dauern, mithin kostbar sind, denn es ist gar schwer, die Qualität zu erweisen. Eben der Streit fällt auch bey bonis Censiticis vor, die man nicht so leicht von bonis Emphyteuticariis unterscheiden, und auch wieder leicht mit Lehen verwechseln kann, wie denn auch die bona Censitica Lehen genannt werden. Desto größre Verwirrung entsteht demnach daraus, wenn nicht alles in dem Lehenbriefe bestimmt worden, sondern man nur überhaupt das Wort, Lehen, darinn findet, weil sich darunter Feuda, bona Censitica, und Emphyteuticaria, verstehen lassen.

§. 4.

Aus dem wechselseitigen Versprechen entsteht mutua Obligatio. Was verspricht nun der Dominus Emphyteuseos? Antw. Das Dominium utile in seiner Sache einzuräumen, also ist er auch gehalten, die Sache so auszuliefern, daß der Erbzinsmann das nutzbare Eigenthum haben kann. Damit erfüllt

füllt auf seiner Seite den Contrakt der Dominus Emphyteuseos, denn es ist zwar vorher schon der Contrakt vorhanden, hat aber nur die Wirkung, daß daraus auf die Erfüllung geklagt werden kann. Es ist deswegen noch keine Emphyteusis da, als bis das Gut übertragen worden ist, da ist erst das Jus in Re transferirt, welches als ein Eigenthum die Uebergabe voraussetzt. Daraus entsteht eben eine verschiedne Klage. Der Emphyteuta hingegen verspricht das Gut zu verbessern oder wenigstens in gutem Stande zu erhalten, wenn es schon genug verbessert ist, wie es bey praediis urbanis zu geschehen pflegt. Anfangs ist die Emphyteusis nur bey Praediis rusticis, und zwar ungebauten aufgekommen, nachmals aber auch auf Praedia urbana, und zwar schon gebaute ausgedehnt worden. Man kann z. B. einem eine Erbleyhe auf ein Haus constituiren, wenn man nämlich das Haus in baulichem Wesen nicht erhalten, sondern es genug seyn lassen will, daß es ein andrer nur erhält, und man dafür einen jährlichen Canonem daraus ziehen könne. Da verspricht denn den Canonem der Emphyteuta, und den muß er auch entrichten, widrigen Falls haben wir oben gehört, daß das Austreibungsrecht dem Domino Emphyteuseos, jedoch mittelst obrigkeitlicher Hülfe zustehe. Nun fragt sich aber, wenn der Emphyteuta viel Unglück haben sollte, ob dann nicht auch der Dominus Emphyteuseos den Canonem nachlassen müsse? Antw. Nein, wenn nämlich der Emphyteuta wegen Krieg und feindlichem Einfall den Fundum nicht sollte haben bauen können, sondern ihn wohl gar verlassen müssen. Das folgt aus der Parthien Absicht, denn der Emphyteuta hat doch die Absicht, den Fundum zu nutzen, und der Dominus Emphyteuseos hat versprochen, ihm den Fundum so zu schaffen, daß er ihn auch nutzen könne. Nun können zwar beyde nichts für dergleichen Unglücksfälle, es ist doch aber der Billigkeit gemäß, daß man annimmt, auf den Fall habe sich der Emphyteuta nicht verbunden, etwas zu bezahlen, wenn er den Fundum gar nicht gebrauchen könnte. Ist nun das Erbzinsgut in feindlichen Händen, so wird es nach den Gesetzen für untergegangen gehalten. Ein zu Grunde gegangenes Eigenthum aber darf niemand anerkennen. Allein, wenn er nur einigen Schaden an Früchten erlitten hat, so kann er um deswegen keinen Nachlaß fordern, denn den muß er an den Früchten, die er bezieht, abrechnen. Er genießt ja alle Fructus allein, so mag er auch den Schaden, den er an Früchten leidet, tragen, und kann ihn das a Canone praestando nicht befreyen, da derselbe blos zu Anerkennung des Obereigenthums entrichtet wird, und mit den Früchten nicht im Verhältnis ist. Eben daher sagt Struv: man habe auf den Schaden zu sehen, wenn die Pensio so groß sey, daß sie mit den Früchten im Verhältnis steht, allein, da ist es vielmehr ein Erbpacht, als ein Erbzinsgut, oder vielmehr Locatio Conductio, als Contractus Emphyteuticus,

weil

weil bey der Locatione Conductione der Canon nach dem Nutzen eingerichtet wird. Wenn also gar kein Verhältnis zwischen den Fructibus, die einer das Jahr über gezogen hat, und zwischen dem Canone ist, den er zu prästiren hat, so muß ihm der Dominus einige Remission daran widerfahren lassen. So viel die Impensas anbetrift, so wird in L. 2. C. *si ager vectig.* et Nov. 20 c. 8 unbestimmt und allgemein behauptet, der Erbzinsmann, dem wegen Verschulden das Gut genommen werde, könne die Verbesserungen nicht zurückfordern Allein die Praxis macht einen Unterschied zwischen den Verbesserungen, die vermöge des Contrakts gemacht worden sind, und andern. Diese werden vergütet, nicht aber jene. Verliert er aber das Erbzinsrecht ohne seine Schuld, so erhält er alle Kosten. Es sind aber meliorationes factae ex Lege Contractus, die der Emphyteuta nach seiner Schuldigkeit als Zinsmann angewendet; meliorationes praeter Legem Contracus factae, wenn er Unkosten angewendet, dazu er nicht wäre verbunden gewesen, z. B. er läßt eine Mühle bey dem Fundo bauen.

§. 5.

Die Klage, welche ex Contractu Emphyteuseos entsteht, ist eine Actio personalis. Diese geht dann von beyden Theilen auf die Erfüllung des Contrakts, folglich auf Abtretung des nutzbaren Eigenthums, oder auf Bezahlung des Erbzinses und Besserung des Guts. Sie heißt nach dem Gerichtsbrauche Actio *Emphyteuticaria*, obwohl dieser Name in keinem Lege zu finden ist. Andere nennen sie Condictionem ex Lege scil. 2. C. *si ager vectig.* Ist aber der Contractus erfüllt oder vollzogen, so kömmt dadurch auf den Emphyteutam ein Jus in Re, ex Iure in Re aber entsteht eine Actio realis, daher nach erfülltem Contrakte der Erbzinsmann die Rei Vindicationem utilem hat. Es geht aber auch Actio Emphyteuticaria in gewissen Fällen auf ein Laudemium, das Lehengeld, die Lehenwaare. Das ist eine solche Abgabe, welche von einem neuen Emphyteuta gegeben werden muß, um dadurch gleichsam sein Erbzinsgut von dem Domino Emphyteuseos zu lösen, denn Laudemium kommt her vom Worte Laußen, welches nach der alten teutschen Sprache so viel, als bezahlen heißt, z. B. eine Hure laußen, heißt eine Hure bezahlen. Vom Laußen nun leiten die Doctores das Wort, Lösen her. Denn aus Laußen ist entstanden das Wort, Loosen, Lösen. Eben daher sieht man leicht, daß nach den gemeinen Rechten das Laudemium nicht von allen Nachfolgern ohne Unterschied zu bezahlen ist. So kann es von Successoribus universalibus, welche das Erbzinsgut erben, nicht gefordert werden, denn da verfällt es nicht an den Erbzinsherrn, sondern auf die, welche dem Erbzinsmann in dem Erbzinsgut succediren. In einigen

sigen Orten aber müssen alle Succēssores, auch die universales das Laudemium bezahlen. Nach dem Jure communi sind alle Erben vom Laudemio frey, secundum Jus Saxonicum aber sind die Kinder des verstorbenen Erbzinsmanns frey, andre Erben hingegen müssen es bezahlen, und zwar unter dem Namen Sterblehenwaare. Eben daher versteht man ferner, warum der Lehensherr so viel Vortheil nicht davon hat, wenn er das Praedium selbst an sich kaufen will, falls es der Emphyteuta zu verkaufen intendirt und ihm anbietet. Denn wenn das Laudemium groß ist, so kann er einen großen Vortheil davon haben. Das Laudemium nun ist nach dem Jure Romano der fünfzigste Theil des Pretii, d. i. 2 pro Cento. Hingegen an andern Orten, als in Sachsen ist es 5 pro Cento, oder 10 pro 100. Javolenus hat ein Gut in Erbzins, er verkauft es an Titius für 800 Rthlr, wie viel muß der neue Erbzinsmann Laudemium erlegen? Antw. 16 Rthlr. Wenn der Verkäufer etwas an dem Kaufschilling nach geschlossenem Contrakt schwinden läßt, so schadet solches dem Erbzinsherrn nicht. Die Lehenwaare muß auch in eben der Münze prästirt werden, worinn der Kaufschilling für das Erbzinsgut bezahlt werden muß, z. B. wird das Pretium in Louisdor bezahlt, so muß auch das Laudemium dem Lehensherrn in Louisdor entrichtet werden. Es ist dieses Laudemium überhaupt zu dem Ende eingeführet worden, damit doch dem Domino sein Dominium directum auch einigermassen einen Nutzen bringen möchte, da der Canon kein Verhältnis gegen den Nutzen hat, den der Emphyteuta durch das Gut bekommt. Man schlage hiebey nach **Franzkius** de Laudemiis.

Der Contractus emphyteuticus wird unter folgenden Formalien errichtet: Zu wissen sey hiermit, daß zwischen Titius und Sempronius folgender aufrichtige schriftliche Contrakt abgehandelt und geschlossen worden, nämlich er überläßt sein in der Barfüssergasse gelegenes Haus, mit all demjenigen, was darinnen Erd- Nied- und Nagelvest ist, als ein Erbzinsgut dem Sempronius dergestalt, und also, daß Sempronius und seine Nachkommen sich solches anmassen, und dem Titius, als Domino directo alle Jahre 50 Rthlr. als einen jährlichen Erbzins an unwiederrufener Münze, am Tage Johannis unweigerlich entrichten sollen. Wenn denn Sempronius hierauf das Haus anzunehmen, und den jährlichen Canonem zu bezahlen, verwilliget, daneben Contrahenten mit dieser Abhandlung wohl zufrieden: Also ist dieser Contrakt schriftlich verfaßt, und von Interessenten, alles treulich, sonder Gefährde, vollzogen worden. So geschehen ꝛc. ꝛc. Von Einrichtung dieses Aufsatzes siehe **Claproth** Jurisprudentia heuristica P. II., welcher herrliche Cautelen anführt.

Drittes Buch

Tit. XIV.

De Societate.

§. 1.

Societas ist ebenfalls ein Contractus consensualis, wie der Contractus Emphyteuticus, und zwar derjenige Contractus consensualis, da ihrer etliche einig werden, Sachen oder ihre Dienste, oder beydes zugleich zusammen einzuwerfen, um damit etwas zu gewinnen, welcher Gewinnst dann nebst dem Schaden ihnen beyden gemein seyn soll, daß also keine Gesellschaft ohne Nutzen bestehen kann. Daher unterscheidet sich auch ein Collegium und eine Societät von einander. Denn in einem Collegio können auch ihrer etliche bey einander seyn, sie sind aber nicht Lucri halber bey einander, als wie die Mascopeybrüder, wie sie an einigen Orten heissen, denn der Contractus Societatis heißt auch Mascopey, und wird dieses Wort von dem Worte Ma, Amicus, Cognatus und vom Scapen hergeleitet, welches Schaffen nach der alten teutschen Sprache heissen soll. Denn die Socii werden in Rechten als Brüder angesehen. Daher sich auch die Portiones Sociorum bestimmen lassen und alle Gesellschaften mit vereinten Kräften etwas zu gewinnen suchen, indem das Gewonnene ihnen gemein ist. Man muß ferner Societatem a Communione unterscheiden. Es kann eine Communio seyn, deswegen aber ist noch keine Societas, denn es kann eine Communio sine lucro seyn, oder ohne daß man ein Lucrum dabey zur Absicht hat. Z. B. es sind drey Brüder, die vom Vater eine Bibliothek erben, so sind sie in Communione. Deswegen aber sind sie noch nicht in Societate, denn sie handeln ja nicht mit der Bibliothek, oder denken dadurch einen Gewinn zu erhalten, und selbigen unter einander zu communiciren. So kann auch im Gegentheil eine Societät ohne Gemeinschaft seyn. Z. B. Etliche Zimmerleute werden mit einander einig, ein Haus aufzubauen, und den Lohn, den sie bekommen, mit einander zu theilen, so ist es eine Societät, aber keine Communio. Hingegen kann eine Societas und Communio auch zugleich seyn, z. B. es können ihrer etliche sich verstehen, einen Wollhandel zu führen, und darüber einen Contractum mit einander eingehen, so ist solches ein Contractus Societatis, ein jeder conferirt eine gewisse Summe Gelds,

z. B.

z. B. 2000 Rthlr. Bey diesem Contractu Societatis ist aber auch eine Communio, ob zwar noch nicht omnium bonorum, jedoch aliquorum. Ob nun aber gleich dieser Contrakt ein Contractus consensualis ist, so ist doch nicht eher wirklich eine Societät vorhanden, oder es sind die Contrahenten eher nicht Socii, als bis der Contrakt durch die Einwerfung des Antheils erfüllt worden ist. Vorher ist der Contrakt blos in soweit perfectus, daß einer den andern zur Erfüllung anhalten kann, es ist aber noch keine Actio pro Socio daraus vorhanden, sondern die entsteht erst, wenn Socii vorhanden sind, und die sind erst vorhanden, wenn der Contrakt per Collationem operarum, et per Collationem rerum adimplirt worden. Stryck hat auch gemeynt, es gienge an, daß einer von den Sociis kein Lucrum bey der Societät verlangte, sondern allein den Schaden über sich nehmen wollte, allein das ist keine Societät, sondern eine Schenkung. Wer in eine Societät mit dem andern tritt, der schenkt dem andern nicht etwas, sondern er verlangt etwas zu gewinnen, ob er gleich nicht immer so viel, als der andere zu gewinnen im Sinn hat. Hingegen will er auch einen geringern Schaden, als der andere haben. Genug, daß er doch gewinnen will. Wenn er aber auch Lucrum percipirt hat, so geht es an, daß er auch das Lucrum perceptum einem andern überlassen kann, da hat er es aber doch schon percipirt. Dadurch wird er freylich Socius, denn, wie ein anderer etwas wegschenken oder wegwerfen kann, so kann es auch ein Socius thun. Soll er aber ein Socius seyn, so muß er doch die Absicht haben, von dem Lucro zu participiren, ob man ihn freylich hernach nicht zwingt, es zu behalten. Und also hat sich freylich Stryck hierinn geirrt, sowohl in Tr. de Cautelis Contractuum, als auch in Annotationibus ad *Lauterbachium*.

§. 2.

Es erfordert dieser Contrakt eine Einwerfung von Sachen, und diese Sachen werden sodann gemein. Daher bringt es eine Veräusserung mit sich. Es kann aber keiner etwas veräussern, als der die freye Verwaltung des Seinigen hat. Daher kann auch keiner in eine Societät mit dem andern treten, als wer über seine Sachen schalten kann. Pupilli also können nicht mit andern in eine Societät treten. Es müssen ferner auch Sachen seyn, wegen der man auf ehrbare Art in Gesellschaft treten kann. Sechs Tagdiebe errichten zusammen eine Societät, daß jeder zu stehlen ausgehen, und was er gestohlen, mit den andern conferiren solle. Ist diese Societät Rechtsbeständig? Nein, rerum inhonestarum nulla est Societas, und wenn die Societät aufgehoben wird, kann der andere Socius die aus der Kasse erhobenen Strafgelder dem andern abziehen.

§. 3.

Die Societas wird von den Doctoribus in *universalem*, *generalem* et *particularem* eingetheilt. Societas universalis heißt diejenige, wobey die Socii alle ihre Güter, quocunque titulo sie dieselben erhalten, zu conferiren versprechen, und diese Societas universalis heißt sonst auch Communio bonorum. Was daher ein Socius bey dieser Societät erwirbt, z. B. eine Erbschaft, das muß er conferiren, um noch vielmehr, was er sonst und auch titulo oneroso erwirbt. Alle Ausgaben aber werden aus den Gütern wieder bestritten. Z. B. Es hat ein Socius Kinder, die brauchen Kleider, die werden demnach aus den Gütern genommen. Dergleichen Societät nun ist unter Eheleuten an denen Orten, wo Communio bonorùm eingeführt ist. Da sind alle Güter des Manns Güter der Frau, und das eingebrachte Vermögen der Frau Bona des Manns, wie auch Leyser bereits angemerkt hat, daß Communio bonorum inter Conjuges nach den regulis Societatis beurtheilt werden müsse. Ausser dieser Societate universali giebt es auch Societatem generalem, welche diejenige heißt, wobey Socii nur die errungenen Güter, aber alle conferiren. Der eine Socius bekommt ein Legatum, muß es conferirt werden? Nein. Er findet einen Schatz, muß er ihn auch conferiren? Nein. Denn er hat ihn Titulo lucrativo erworben. Er kriegt aber 100 Rthlr. Hausmiethe, diese muß er conferiren, denn sie kommt ex quaestu. Des einen Socii Tochter heyrathet. Kann er das Heyrathgut aus der Societätskasse zahlen? Nein. Denn es gehöret nicht ad quaestum Societatis. Wenn aber das Dach ausgebessert werden muß, woher werden die Unkosten genommen? Aus der Societätskasse, weil diese Unkosten eine Verbindung mit dem Quaestu Societatis haben. Es treiben einige Socii einen Wollhandel neben ihrer Specereyhandlung, alles, was sie bey dieser Handlung adquiriren, das conferiren sie, und ist ihnen sodann alles auch gemein, allein blos, was sie ex quaestu gelegenheitlich dieser Handlung erwerben. Sollte also einer etwas erben, so darf er es nicht conferiren. Deswegen ist hier nur eine gewisse Gattung Güter in Gemeinschaft, nämlich die Güter, die sie durch solchen Handel erwerben. Eben daher heißt diese Societas nur generalis. Sie wird gewöhnlich mit folgenden Ausdrücken eingegangen: Ist daher von Contrahenten abgeredet, daß alles dasjenige, was sie mit ihrer Handarbeit oder auch Handthierung, es geschehe entweder insgemein, oder aber ein jeder insonderheit, adquiriren möchten, daß solches der Gesellschaft gemein seyn und verbleiben soll. Geschenke und sonstige Glücksgüter sind also von der Errungenschaft ausgeschlossen. Bey der allgemeinen Gesellschaft bedient man sich folgender Formalien: Ist demnach zwischen Contrahenten abgeredet und geschlossen worden,

daß

daß alles dasjenige, was sie jetzo eigenthümlich besitzen, und noch künftig erlangen möchten, es wäre und habe Namen wie es wolle, ihnen allerseits gemein seye, sich dessen nach ihrem besten Nutzen und Verstand zu bedienen und zu gebrauchen. Ausser dieser Societate generali aber giebt es auch eine Societatem particularem, welche nämlich über eine gewisse Handthierung oder Handlung errichtet wird. Z. B. es treiben ihrer etliche zusammen einen Leder- oder Seidenhandel, so heißt dieses Societas particularis. Hier darf ein Socius, was er durch Erbschaften, oder sonst, und nicht blos in Ansehung dieser Negociation erwirbt, nicht conferiren, sondern da conferiren sie nur, was sie in Ansehung dieser Negociation insbesondere erwerben, gleichwie hingegen auch aus der Handlung, oder der Massa communi bonorum collatorum alles genommen werden muß, was zu Bestreitung des Handels erfordert wird. Die allergröste ist also Societas universalis, die ist daher auch die allerbeschwerlichste, weil man so frey nicht über die Güter schalten kann, als wie sonst. Denn hier ist alles Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges, zugefallenes und erworbenes so gemein, daß jeder Gesellschafter daraus alles, was zu seiner Erhaltung oder Ehre gereicht, z. B. Studierkosten für den Sohn, Heyrathgut für die Tochter ꝛc. nehmen darf. Einer von beyden Sociis hat kein Kind, der andere hat 10 Kinder. Wenn nun gleich dieser zehenmal mehr verzehrt, als jener, so muß es doch aus der Societätskasse genommen werden, warum hat er eine solche Gesellschaft eingegangen. Ferner, zwey fangen zusammen einen Wollhandel an. In dieser Societät werden keine andere Unkosten aus der Masse genommen, als welche eine eigentliche Verbindung haben, z. B. Leinwand zu Wollensäcken zu kaufen. Wenn daher Streit darüber ist, ob eine Societas universalis oder generalis sey, so wird generalis vermuthet, indem dieselbe weniger beschwerlich und auch häufiger ist, als Societas universalis. Particularis wird sub his formalibus contrahirt: Zu wissen, daß zwischen Titius und Cajus folgender aufrichtige Contrakt abgeredet und geschlossen worden. Es haben nämlich sich beyde Contrahenten dahin vereiniget, daß Titius 1000 Rthlr., Cajus aber 3000 Rthlr. zu einer Tuchhandlung hergeben soll, dafür Tücher einzukaufen, und wieder zu vertreiben. Und weil Cajus ein mehrers dazu beygetragen, hat sich Titius dagegen verbunden, den Einkauf und Reisen, nebst den Handlungsbüchern zu halten, allein über sich zu nehmen, den Gewinnst aber mit dem Cajus zugleich zu theilen. Wenn denn die Socii hiemit wohl zufrieden gewesen, als haben sie solchen Contrakt mit ihrer Unterschrift vollzogen. So geschehen ꝛc. ꝛc.

§. 4.

Forma hujus Contractus besteht erstlich in Consensu, weil Societas ein Contractus consensualis ist. Unterdessen, wenn wirklich eine Societas vorhanden seyn soll, wird, wie schon gemeldet, Collatio ad consummationem, wie Traditio in Emtione erfordert, es müssen die Bona, vermittelst deren die Societät besteht, auch wirklich conferirt worden seyn, sonst sind sie noch keine Socii, sondern es ist blos eine Klage auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrags durch Einwerfung des Antheils vorhanden. Bey der Societate universali aber kann nicht alles conferirt werden, das wäre allzuweitläuftig, sondern sogleich nach der Einwilligung werden alle Güter für gemeinschaftlich angesehen, wie es unter Eheleuten geschieht. Was auch die Activschulden oder Nomina anbetrift, so werden dieselben nicht ohne Cession für gemeinschaftlich gehalten, ossibus enim inhaerent, d. i. sie haften auf der Person dessen, dem sie zustehen, und können also ohne sein Zuthun nicht auf einen andern transferirt werden. Das Factum nun, wodurch einer seine Activschulden auf einen andern transferirt, heißt Cessio. Die Holländer nennen es Transport. Wenn daher ein Socius mit dem andern seine Activschulden communiciren will, so sagt man, er transportire sie auf ihn, welches nichts anders, als eine Cessio ist. Nämlich ein Socius muß seine Schulden dem andern abtreten, damit, wenn er verunglückt würde, der andere solche eincaßiren könne. Der Consensus, wodurch eine Mascopey oder Societät contrahirt wird, kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt werden. Beyer in Positionibus ad Pandectas hat gezweifelt, ob es auch eine tacitam declarationem geben könne. Der Fall aber ist leicht zu denken, wenn nämlich ein Vater einen Handel gehabt, und die Söhne denselben fortsetzen, ohne daß sie von einer Societät etwas verabreden, so gehen sie stillschweigend mit einander eine Societät ein. So kann auch facto Collationis eine Societät eingegangen werden, wenn ihrer etliche Sachen in der Absicht zusammentragen, daß sie damit handeln und etwas gewinnen wollen, damit ihnen der Gewinnst gemein seyn soll. Sie dürfen deswegen nichts verabreden, sondern ex ipso facto Collationis bonorum erhellet, was andere sonst ausdrücklich mit einander verabreden. Und dadurch unterscheidet sich Societas von einer Communione, als worein man manchmal wider seinen Willen verfällt. Wenn z. B. ihrer etlichen eine Sache vermacht worden ist, so gerathen sie durch Zufall in eine Gemeinschaft, die aber keine Societät genannt werden kann, da eine Societät mit Einwilligung der Sociorum eingegangen wird. Bleiben sie aber in Communione, und verlangen keine Theilung, so scheinen sie in die Gemeinschaft und den daher entstehenden Nutzen eingewilliget zu haben, worauf aus dieser Communione eine Societas wird.

§. 5.

§. 5.

Die wechselsweise Verbindlichkeit ist aus dem Versprechen zu ersehen. Ein Socius verspricht dem andern Bona zu conferiren, oder Operas zu prästiren, einer verspricht z. B. den Handel zu führen, dieserwegen auch zu verreisen, der andere aber verspricht nur eine gewisse Summe Gelds mit beyzuschiessen. Da heißt es dann: Operae aequivalent rebus, wie es auch in Institutionibus heißt: Operae saepe plus valent rebus, sie gelten manchmal mehr, als die Sachen selber, denn manchmal, wenn auch gleich ihrer etliche wären, und das Ihrige zusammen bringen wollten, ja eine noch so große Summe Gelds, so versteht doch keiner unter ihnen den Handel, da sind die Operae dessen, der den Handel versteht, noch viel kostbarer, als der andern ihr Geld. Hat also einer versprochen, daß er durch Arbeit bey der Societät helfen wolle, so muß er auch dazu verbunden seyn. Denn aus seinem Versprechen entsteht eine Verbindlichkeit. Wie demnach das Versprechen gegen einander lautet, so verhält es sich auch bey der mutua Obligatione, folglich geht solche entweder ad conferendas Res promissas, oder ad praestandas Operas promissas. 2) Aber besteht sie auch in Verwaltung der eingeworfenen Güter. Denn wo die Absicht, nämlich ein Gewinn, erhalten werden soll, wohin die Socii ihre Kräfte vereinigen, so müssen die Res collatae auch verwaltet werden. Daher ist ein jeder Socius dazu obligirt, wo nicht einer die Verwaltung allein übernommen hätte, z. B. den Handel allein zu führen mittelst der Waaren, die allen Sociis zusammen zustehen, und der Gelder, so in der Kasse parat liegen. Dieser ist alsdenn, in Ansehung aller der übrigen, wie ein Factor anzusehen, und findet bey ihm statt, was bey Institoribus statt hat. Ein Socius ist nun auch dem andern ad damna dolo et culpa data praestanda gehalten. Deshalben fragt sich, was ein Socius dem andern für eine Culpam zu prästiren habe? Antw. Aus dem Contractu Societatis wird von einem jeden Socio Culpa levis prästirt, aber hier levis Culpa in concreto, oder derjenige Fleiß ist für den mittelmäßigen zu halten, den der Socius in seinen eigenen Sachen anwendet. Ist er in seinen eigenen Sachen nachläßig, so kann der andre keinen größern Fleiß von ihm verlangen, denn wenn er das gewollt hätte, so hätte er nicht mit ihm in Societät treten sollen. Hat er also Schaden negligentia Socii sui, so mag er sichs beymessen, genug, wenn er gethan hat, was er bey seinen Sachen zu thun pflegt. Wenn man daher auch gleich einen großen, oder auch nur mittelmäßigen Fleiß hätte concipiren können, der angewendet werden können, so kann doch der von dem Socio nicht gefordert werden, denn wer mit einem nachläßigen Menschen in eine Societät tritt, der muß sich auch vorstellen, daß er durch dessen Nachläßigkeit zu

Scha-

Schaden kommen kann. Ausserdem muß ein Socius dem andern die Kosten ersetzen, alles nämlich, was er der Societät halber ausgeben müssen, oder sonst für Schaden gelitten hat. Weshalben ein Socius dem andern, der z. B. in Geschäften der Societät verreisen müssen, und unter Mörder gekommen, die ihn sehr übel zugerichtet haben, so, daß ihn die Kur sehr viel gekostet hat, solche Kosten ersetzen muß. Das sind Expensae, die er in Ansehung der Societät hat machen müssen, und es ist ein Schade, den ein Socius in Ansehung der Societät leidet. Gleichwie aber die Socii von Lucris participiren, so müssen sie auch de damnis participiren. Oder es hat der Socius 500 Rthlr. von seinem Gelde mitgenommen, weil in der Societätskasse keines war. Solches Geld aber hat er zum Nutzen der Societät mitgenommen, welches ihm aber nachgehends von Räubern genommen worden ist, so ist der Schaden gemeinschaftlich nach der Natur der Gesellschaft. 3) Ist der Gesellschafter zur Mittheilung des Gewinnsts gehalten. Es richtet sich Communicatio lucri nach der Collatione rerum, und heißt es so: Der Gewinnst wird nach Verhältnis des eingeworfnen Antheils dergestalt vertheilt, daß man argumentirt: wie sich verhält das Lucrum Sempronii zum Collato Mevii, so verhält sich auch pars Lucri Sempronii zum parte Lucri Mevii. Und solchergestalt hat man hier Proportionem Geometricam. Es haben einige gegen diese Proportionem Geometricam ex isto Jure fraternitatis schließen wollen, wovon Ulpian in Pandectis etwas gedenkt, wenn er sagt: Socii seyen wie Brüder, daher haben einige geschlossen, also müsten allemal die Partes Sociorum gleich seyn. Aber eben daraus, weil die Socii als Brüder betrachtet werden, und ihre Theile gleich seyn sollen, folget, daß das Lucrum nicht anders vertheilt werden könne, als nach Verhältnis des Eingelegten. Denn wenn z. B. einer 2000 Rthlr. herschießt, und der andere 1000 Rthlr., so ist es so viel, als wären es drey Socii, einer vertritt die Stelle zweyer. Wenn aber drey Socii wären, und gewännen 600 Rthlr., so bekäme ein jeder 200 Rthlr. nach dem Principio fraternitatis, also, da ein Socius in dem Falle die Stelle zweyer vertritt, so muß ja einer 400 Rthlr. bekommen, und der andere bekommt nur 200 Rthlr. Ueberhaupt also, wer zweymal so viel gegeben hat, der bekommt auch wieder zweymal so viel vom Gewinnste. Im Gegentheil, wenn sie 600 Rthlr. Schaden gelitten hätten, so wird es beym Schaden eben so, wie beym Lucro gehalten. Das ist billig, wer 2000 Rthlr. gegeben hat, muß auch 400 Rthlr. Schaden leiden, und der andere, der 1000 Rthlr. conferirt hat, der leidet nur 200 Rthlr. Schaden. Ehe aber Proportio geometrica beobachtet werden kann, muß der Gewinnst bestimmt werden. Das geschieht nun, wenn man den Schaden vorher abzieht. Denn man hält bey einer Societät zwey Bücher, eines, worein der Schade aufgezeich-

net

net wird, nachdem eines, worinn das Lucrum aufgezeichnet wird. Nachdem nun alles, was eingekommen, in ein Facit zusammen gerechnet worden, so wird der Schade, der auch in ein Facit zusammen gerechnet worden, von allem abgezogen, so eingekommen. Was sodann übrig bleibt, heißt Lucrum, und das, was übrig bleibt, wird hierauf nach gedachter Proportione geometrica inter Socios vertheilt. Den Profit nämlich kann man nicht wissen, als nach Abzug aller Schulden, und wenn die Societät zu Ende ist. Allein, weil dieses einem, oder dem andern zu lange werden würde, so pflegt bey Societäten eine Bilanz gezogen zu werden, wie viel Gewinn und wie viel Schaden über die Societät gekommen, sodenn, wenn eines vom andern abgezogen, so bekommt jeder Socius vom Gewinn das Seine pro rata. Manchmal aber wird verabredet, wie es ratione partium Lucri gehalten werden soll, da denn die genommene Abrede gehalten werden muß. Z. B. Cajus soll zwey, und Mevius einen Theil Gewinn haben, da denn hingegen auch Cajus zwey Theile vom Schaden übernehmen muß. Es kann ja seyn, daß einer durch seine Operas viel bey der Societät thut, ja wohl gar durch ihn eine Societät zu Stande gekommen, die sonst wohl nicht hätte zu Stande kommen können. Da können die übrigen Socii bestimmen, daß dieser zwey Theile Gewinn haben soll, oder zwey Socii können mit einander verabreden, daß einer zwey Theile, und der andere nur $\frac{1}{3}$ bekommen soll. Das ist nichts unbilliges, denn es können eines seine Operae so viel gelten, als des andern seine Res collatae, daher ist es eben so viel, als hätte er doppelt conferirt. Das aber geht nicht an, daß einer allein allen Gewinn ziehen will, und der andere nur allen Schaden haben soll. Eine solche gar zu ungleiche Gesellschaft heißt Leonina Societas in L. 29 §. 2 ff. pro Socio, und gilt nicht. Allein es fragt sich, wenn einer allein das Geld hergegeben, und der andre nur Dienste geleistet hat, wem das Kapital am Ende der Gesellschaft gehört? Antw. Dem Einleger. Denn nur der Gebrauch des Gelds wurde gemeinschaftlich. Geht es aber zu Grunde, so geht es ihm allein verlohren juxta L. 9. C. de Pignorat. Act. Tellers Disp. de Divisione lucri et damni inter Socios ist hiebey wohl zu gebrauchen. Sonst ist noch zu bemerken, woher Societas Leonina ihre Benennung erhalten hat. Der Löwe, eine Kuh, Ziege und Schaf waren auf die Jagd gegangen, einen Hirsch zu fangen, kriegten auch einen. Der Löwe theilte ihn in vier Theile, und sagte: der erste gehört mir Jure Societatis, der zweyte auch, weil ich der König unter den Thieren bin, der dritte auch, weil ich das meiste bey dem Fange gethan, und wer von euch den vierten Theil begehret, der komme her, dem will ich das Fell über die Ohren ziehen. Man sehe hievon Phaedri Fabulam V, wovon diese Societät Leonina genennet worden ist.

§. 6.

Die Klage, welche ex Societate entsteht, heißt Actio *pro Socio*. Wenn nämlich per Collationem rerum eine Societas constituirt worden ist, so entsteht daraus Actio pro Socio, die dahin geht, daß ein jeder Socius zu dem, was ihm obliegt, angehalten werden solle, nämlich zur Mittheilung des Gewinnstes und Theilnehmung am Schaden. Hingegen hat man auch eine Klage, welche auf die Aufhebung der Gesellschaft geht, da die Actio pro Socio mehr auf die Erfüllung oder auf die Erhaltung der Gesellschaft abzielt. Diejenige Actio nun, welche auf die Trennung der Gesellschaft geht, heißt Actio communi dividundo, denn diese geht allemal darauf, daß eine Gemeinschaft aufgehoben werden soll, eine solche aber ist auch bey der Societate. Daher kann man auch bey einer Societät Actionem communi dividundo gebrauchen, folglich geht auch diese Klage auf andre dahin einschlagende Punkte, z. B. daß Rechnung abgelegt werde. Wobey es jedoch nicht so genau genommen wird, weil die Gesellschafter nach den Gesetzen als Brüder angesehen werden. Bey der Societate universali hingegen ist es anders, da ist keiner dem andern ad rationes reddendas gehalten. Ferner ist bey der Trennung zu untersuchen, auf was Art man sie vorhabe, ob Res adhuc integra oder nicht. Welches deswegen bey der Actione communi dividundo zu beobachten ist, weil nämlich Societas nicht anders, als durch zeitlich gemachte Entsagung getrennt werden könne. Es kann nämlich einer, der nicht länger in einer Societät bleiben will, derselben entsagen, mithin Actione communi dividundo ad divisionem rerum communium provociren. Es muß aber seine Provocatio nicht zur Zeit geschehen, da der Consocius dabey interessirt ist, daß er nicht von der Societät abweicht, welches *intempestiva* Renunciatio heißt. Denn z. B. es wären etliche bisher in einer Societät gewesen, und hätten ziemlich Schulden auf sich genommen, die sie bey bevorstehender Messe bezahlen sollen, so kann ein Socius nicht renunciren, und die Abtheilung verlangen. Das könnte nicht anders, als mit dem grösten Schaden des andern geschehen, deswegen ist es hier nicht mehr Zeit. So lange es aber angeht, und der andere nicht dabey interessirt ist, kann er ihn nicht zwingen, in Gemeinschaft zu verbleiben, und das zwar aus dem Grunde, weil die Gesetze darauf bedacht sind, daß keine Streitigkeiten entstehen sollen. Wenn man aber wider Willen in Communione verbleiben soll, so ist nichts als Zank und Streit inter Socios beständig zu befürchten. Daher ist es nun gekommen, daß die Gesetze erlaubt haben, nicht nur, wie es bey allen Verträgen angeht, mit beyderseitiger Einwilligung eine Societät wieder aufzuheben, sondern es kann ein Socius auch wider Willen des andern wieder abweichen, wenn es nur Re integra

tegra geschieht, d. i. ohne daß der andere ein Interesse aufweisen kann, sonst, wenn der andere ein Interesse beweisen kann, so muß ihm solches von dem Socio, der wider Willen des andern abgetreten, ersetzt werden. Um noch viel weniger also geht es an, daß einer betrüglich von einer Societät abgehen kann, z. B. daß er etwa das Lucrum, so zu hoffen ist, allein ziehen möchte. Z. B. es wäre Societas universalis contrahirt, und nun hoft einer eine grose Erbschaft zu thun, um derentwillen er nicht länger in Societate verbleiben will, daß er sie nicht einwerfen darf. Da sagen die Institutiones ganz klar, daß der Socius, der um deswillen von der Societät abgegangen, die Erbschaft communiciren müsse, und zwar in poenam doli, ob er sich gleich getrennt hat. Zwey Socii stehen in Kompagnie zusammen überhaupt. Der eine bekommt Nachricht, daß seine alte Tante gestorben, von der er 2000 Rthlr. erben würde. Da denkt er, wenn er bey der Societät bleiben würde, so müßte er die Erbschaft conferiren, daher sagt er sich los. Der andere Socius erfährt die Ursache, warum er es thue, nämlich wegen der Erbschaft, da muß der erste Socius doch die Halbscheide einwerfen, weil er betrüglicher Weise aus der Gesellschaft getreten ist. Wenn aber der andere Socius, nach des einen Verzicht, gleich ein Vermächtnis überkäme, so darf er es doch nicht conferiren, weil durch des andern Gesellschafters Verzicht die Gesellschaft getrennt worden ist.

Es giebt auch noch andere Modos, wie eine Societas aufgehoben werden kann. Sie kann nemlich auch dann aufgehoben werden, wenn die Bona verlohren gehen, mittelst welcher die Gesellschaft bestanden ist. Denn allemal, wenn das aufhört, mittelst dessen etwas besteht, so muß auch dieses aufhören. Nun besteht aber die Gesellschaft durch die eingeworfenen Güter, wenn also die aufhören, so ist auch weiter keine Societät. Z. B. wenn eine Societas particularis contrahirt worden, und es ist keine Seide mehr da, keine Wolle, noch Leder, die Socii haben auch nichts, daß sie weiter etwas anschaffen können, so hört die Societät auf. Eben so, wenn einem Socio all sein Vermögen sollte confiscirt werden, so hört die Societät auch auf. Denn die Bona cessiren, mittelst deren die Societät bestanden. Ferner, wenn ein Gesellschafter verganthet wird. Gleichergestalt, wenn eine Gesellschaft wegen einer bestimmten Handlung eingegangen worden ist, z. B. es haben ihrer etliche mit einander einen Ochsenhandel nach einer Armee angefangen, und diese zertrennt sich, so hört auch die Societät auf. Denn die Absicht, um derentwillen sie eingegangen worden ist, fällt weg. Zwey haben 8000 Malter Korn gekauft, solche verhandeln sie nachher mit Nutzen, so hört die Societät auf.

§. 7.

Wird durch den Tod eines Socii Societas getrennt? Es ist Societas etwas blos persönliches. Denn es sieht dabey ein Socius auf die Treue des andern. Vnus Socius eligit diligentiam, et quidem singularem alterius. Wenn man aber auf dergleichen besondere Qualitäten sieht, so finden dieselben bey andern nicht so leicht statt. Daher kann die Societät über die Personen der Gesellschafter nicht erstreckt werden. Solchemnach geht die ganze Societät zu Ende, wenn ein Socius mit Tode abgeht, da ein jeder auf alle, die in Societate sind, sieht. Mithin, wenn nur einer stirbt, fällt schon die Ursache weg, um derentwillen alle die andern in Societatem getreten sind. Es geht freylich an, daß die andern die Societät fortsetzen, in der That aber treten sie vielmehr in eine neue, und hört die alte auf, eine neue Societät aber können sie allerdings mit einander errichten, so, wie sie die erste mit einander errichtet haben. Doch kommt es darauf an, ob nicht bey Errichtung der Gesellschaft ausgemacht worden ist, daß durch eines Gesellschafters Tod die übrigen Gesellschafter unter sich nicht getrennt werden sollen. Es erstreckt sich dieses so weit, daß die Societät nicht einmal nach eines Gesellschafters Tod besteht, wenn es auch gleich vorher ausgemacht worden ist, daß nämlich der Erbe ebenfalls obligirt seyn soll. Denn gesetzt auch, daß sein Erblasser dieses verabredet hätte, so sind doch die Rechte der Gemeinschaft nicht günstig, und hassen sie als etwas, das zu lauter Zank und Streit Anlaß geben kann. Wenn aber der Erbe wider Willen mit den Sociis seines Erblassers in der Societät sollte verbleiben müssen, so wäre doch nichts als lauter Zank und Streit unter ihnen. Weil er nun nicht angehalten werden kann, in der Societät wider Willen zu verbleiben, so ist es so viel, als wäre das Pactum nicht angehängt worden. Folglich hilft es nichts, ausser wo Rücksicht auf den Staat hinzukommt, um dessentwillen man nöthig hat, einen solchen Erben für verbindlich zu halten, wie es bey der Societate Vectigalium geschieht. Wenn Leute bey einander in Societate sind, und zwar in Societate mit einander die Zölle und dergleichen gepachtet haben, so geht dergleichen Contrakt auch mit auf die Erben, wofern anders die Erben im Stande sind, dergleichen Geschäften vorzustehen, und dieses zwar in favorem fisci seu publici, weil dem Publico daran gelegen ist, daß es immer Conductores vectigalium hat, und sonst nichts als lauter Unordnungen und Schaden für das Publikum entstehen würden, wenn sie unverpachtet verbleiben sollten. Eine solche Societas geht demnach auch auf die Erben, wenn man sie nämlich dazu für tüchtig erkennt. Die bereits angefangenen Sachen muß der Erbe beendigen. Z. B. wenn ein Socius einen Wollhandel geschlossen, einige Zentner aber noch nicht zugewogen bekommen,

men, und indessen verstirbt, so muß der Erbe sich die übrige Wolle zuwägen lassen, und der Societät liefern.

§. 8.

Den Sociis sind auch gewisse Rechtswohlthaten eingeräumt worden, wohin das Beneficium *competentiae* gehört. Denn es kann ein Socius den andern anhalten, dasjenige zu ersetzen, und cum Societate zu communiciren, was er für die Gesellschaft empfangen hat. Gesetzt also, daß er das alles verthan hätte, und nicht solvendo wäre, so fragt es sich, ob er bis auf den letzten Heller könne exequirt werden? Antw. Nein, sondern er hat das Beneficium competentiae, kraft dessen er über sein Vermögen nicht angehalten werden kann zu bezahlen, d. i. es kann ihm mehr nicht abgenommen werden, als was ihm, seiner nothdürftigen und standesmäßigen Unterhaltung unbeschadet, abgenommen werden kann. Das kommt von der Brüderschaft her, welche die Gesetze zwischen Sociis einmal angenommen haben. Denn gleichwie ein Bruder gegen den andern das Beneficium competentiae hat, wenn einer dem andern schuldig ist, so, daß er ihn nicht bis auf den letzten Heller exequiren lassen kann, sondern ihm allemal so viel übrig lassen muß, als er zu seiner nöthigen Unterhaltung bedarf, also und da Socii als wie Brüder in Rechten angesehen werden, daher sie auch Mascopeybrüder heissen, so hat man auch ihnen dieses einräumen müssen. Durch das Beneficium competentiae können sie also actionem pro Socio in soweit ablehnen, indem man Exceptiones hat, die manchmal das Debitum, worauf der andere belangt werden kann, vermindern, wohin auch Exceptio competentiae gehört. 2) Wie Socii sich einander acquiriren, also können sie auch einander verbinden, wenn sie nämlich für die Gesellschaft contrahirt haben. Denn in diesem Falle ist das Factum eines Gesellschafters für das Factum aller Mitgesellschafter anzusehen. Auch hier wird vorausgesetzt, daß er der Form der Gesellschaft gemäß contrahirt habe. Hat also Socius als Institor contrahirt, so haben Creditores der ganzen Societät creditirt. Also können sie sich auch an die ganze Societät halten. Wenn er aber nicht als Institor und ohne der Gesellschaft zu gedenken, sondern in eigenem Namen contrahirt haben sollte, so ist die Gesellschaft nicht verbunden, wo er nicht das für sich aufgenommene zum Nutzen der Societät verwandt hat. Denn alsdenn kann Creditor propter versionem in rem sich an die ganze Societät halten, weil sonst sich die Societät mit seinem Schaden bereichern würde, welches nicht erlaubt ist, und gegen alle Billigkeit läuft. Wenn zwar keiner von den Sociis als quasi Institor constituirt gewesen ist, schließt aber doch einer zum Nutzen der Gesellschaft einen Contrakt, so wird jeder pro rata obligirt. Allein versio in rem muß bewiesen wer-

werden, und ist nicht zu vermuthen. Wenn auch alle Socii obligirt werden, so kann man sie doch nicht alle in solidum belangen, sondern sie haben das Beneficium divisionis für sich, dergestalt, daß, wenn z. B. einer ex facto Socii qua Institoris belangt wird, er seinen Creditorem, der ihn in solidum belangt hat, durch Exceptionem divisionis abweisen kann. Denn es greift der nemliche Grund, der bey mehrern, welche zugleich obligirt sind, statt findet, auch hier statt. Wenn der Creditor von vielen gleich bequem seine Schuld bezahlt bekommen kann, so muß es ihm gleich viel gelten, dahingegen es pluribus obligatis nicht gleich viel gilt. Folglich hat man ihnen nach dem Principio: quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad id compelli potes, das Beneficium divisionis eingeräumt. Man setze also, daß drey Personen in Societate stehen, und um 600 Rthlr. Wolle von einem Amtmanne kaufen, so werden sie pro rata obligirt, und kann der Amtmann wider jeden nicht in solidum, sondern auf 200 Rthlr. pro rata klagen. Lauterbachs Disp. de Sociorum obligatione ex conventione cum extraneis inita.

Drittes Buch.

Tit. XV.

De Mandato.

§. 1.

Mandatum heißt derjenige Vertrag, kraft dessen einem ein fremdes Geschäfte zu verwalten aufgetragen, und von ihm unentgeltlich zu verwalten übernommen wird. Daß es umsonst übernommen werden muß, ist hauptsächlich nöthig, denn sonst, wenn es nicht gratis übernommen würde, könnte man diesen Contrakt von einer Locatione Conductione, oder von einem Contractu innominato, Do, ut Facias, nicht unterscheiden, und doch sollen alle diese Contractus von einander unterschieden bleiben. Wenn jedoch von einem ein fremdes Geschäfte übernommen worden ist, so hindert doch nichts, daß ihm nicht auch etwas zur Dankbarkeit für seine geleisteten Dienste sollte bezahlt werden können, es muß nur keine Verbindlichkeit dazu vorhanden seyn, sondern der Mandatarius muß es bekommen und annehmen können, wenn er will. Derjenige, welchem eines andern Geschäft zu verrichten übertragen wird, heißt *Mandatarius*,

oder Geschäftträger, der aber ein Geschäft einem andern zu verrichten überträgt, heißt *Mandans*.

§. 2.

Diesen Contractum gehen also Mandans und Mandatarius ein. Eigentlich aber heißt nur derjenige ein Mandatarius, der des andern auffergerichtliche Geschäfte zu verrichten übernimmt, denn man sieht schon, in dem Begrif des Mandati ist unbestimmt, was es für Geschäfte seyn sollen. Sie sind entweder Judicialia oder Extrajudicialia. Ein Extrajudiciale ist z. B., ausstehende Schulden eintreiben, ein Judiciale Negotium aber, des andern seine Processe in Gerichten zu betreiben, für ihn Klagen anzubringen, zu excipiren, litem zu contestiren, und dergleichen mehr.

Wem Extrajudicialia negotia übertragen worden sind, der heißt in specie Mandatarius; dem aber negotia aliena Judicialia übertragen worden sind, heißt eigentlich *Procurator*. Man braucht jedoch manchmal das Wort überhaupt, und nennt auch denjenigen, dem negotia extrajudicialia übertragen worden sind, Procuratorem. Z. B. ein Procurator zu Wezlar ist eigentlich Procurator, denn er gerirt negotia aliena judicialia, oder man braucht ihn in Judicialsachen. Wenn aber einer auf die Messe nach Frankfurt reiset, und ich trage ihm Commission auf, etwas für mich einzukaufen, so ist er mein Mandatarius.

Das Mandatum ist ausdrücklich oder stillschweigend. Titius will 100 Rthlr. borgen, er kommt zu mir, bittet mich, ich soll für ihn bürgen, ich thu es, so ist es Mandatum expressum. Wenn ihm aber einer nicht creditiren will, und ich komme von ungefähr dazu, und sage: er soll ihm nur creditiren, der Debitor bekömmt auch das Geld, wundert sich aber, warum es ihm jetzt jener gebe, da er es ihm vorher verweigert habe, der Creditor aber sagt ihm, ich hätte gut gesagt, und der Debitor läßt es dabey, ohne dagegen zu protestiren, so ist es Mandatum tacitum oder so viel, als hätte er mich gebeten, zu bürgen.

§. 3.

Die Geschäfte werden deswegen übertragen, weil nicht alle Negotia so beschaffen, daß man sie selbst verrichten kann, sondern manchmal muß man sie andern, z. B. in der Abwesenheit, übertragen. Dadurch ist auch negotiorum Gestio und Ratihabitio entstanden. Z. B. Cajus nimmt sich in Abwesenheit des Titius seines Vaters Erbschaft an, und administrirt ein und andere Dinge. Da Titius nach Hause kommt, ist er damit wohl zufrieden, das ist negotiorum Gestio,

Gestio, weil die Einwilligung erst nach schon verrichtetem Geschäfte hinzukömmt. Schreibt aber Tirius aus der Fremde an den Cajus zurück, er soll nur seine Sachen wohl abwarten, er halte alles für genehm, und wolle auch schon bey seiner Retour dankbar seyn, das ist Ratihabitio. Die Negotia aliena sind nach ihrer Anzahl verschieden, von welchem Unterschied der Unterschied des Mandati in Mandatum *Generale* seu *Vniversale*, und *Speciale* seu *Particulare* herrührt. Mandatum generale wird genannt, kraft dessen einem des andern alle seine Negotia übertragen worden sind. Es zieht z. B. ein Professor aus einem Orte. Er erhält einen Ruf, und hat viele Processe, auch viele ausstehende Schulden, so überläßt er dem Mevius alles beydes, seine ausstehende Schulden einzufordern, und seine Processe zu Ende zu führen, das ist ein Mandatum generale, denn es begreift alle Negotia des andern, und wären auch mehrere an einem Orte zu verrichten. Es kann aber auch Mandata specialia geben, wodurch nämlich einem ein gewisses Geschäft zu verrichten übertragen wird. Es überträgt z. B. einer dem andern, seine Processe an einem Orte zu führen, oder er überträgt ihm, seine ausstehende Schulden einzutreiben, und nichts anders, so heißt das Mandatum in specie oder speciale. Von den Mandatis specialibus hat Griebner in seinen Opusculis, die sehr wohl zu gebrauchen sind, eine besondre Abhandlung. Diese Mandata specialia haben nach seiner Lehre überhaupt in den Fällen statt, wo ein großer Nachtheil von einem Facto abhängt, denn einen solchen Fall kann man unter dem Mandato generali nicht mit begreifen, ob man zwar sub Mandato generali dasjenige auch mit begreifen kann, was mit den dahin gehörigen Geschäften verknüpft ist. Es ist aber alles dasjenige mit einem Mandato verknüpft, und also stillschweigend darunter enthalten, ohne welches das Mandatum generale nicht exequirt werden kann. Solchemnach geht ein Mandatum generale auf diejenigen Fälle nicht, von welchen ein großer Nachtheil abhängt, und die ein großes Nachdenken eben um deswillen erfordern, sondern in allen diesen Fällen ist ein Mandatum speciale nöthig. Z. B. wenn in einer Streitsache ein Vergleich versucht werden soll, man hat nun aber seinem Procuratori ein Mandatum generale gegeben, fragt sichs, ob denn dieses Mandatum generale auch auf diesen Vergleich mitgeht? Antw. Nein. Oder es kömmt ferner auf eine Eideszuschiebung in der Sache an, das ist wieder etwas wichtiges, denn von einem Haupteid hängt die Entscheidung der ganzen Sache ab. Ist nun gleich ein Procurator judicialis vorhanden, so kann er doch für sich, und vermöge des Mandati generalis und ohne besondern Auftrag weder sich vergleichen, noch Eid annehmen, zuschieben, oder zurückschieben. Denn das sind Handlungen von großem Nachtheil, und von großem Nachdenken, die auch auf eines seine Wissenschaft allein ankommen, welches der

Dominus

Dominus seinem Procuratori nicht immer offenbaret. Daher erfordern alle dergleichen Actus, wohin auch Veräusserungen gehören, Mandata specialia. Ein Procurator wird ja auch nur zur Verwaltung, nicht aber zum Verlieren gegeben, so doch leicht bey Alienationen sich zutragen kann. Von eben solcher Wichtigkeit sind auch die Restitutiones in integrum, und hereditatis Aditio, indem einer sich dabey obligirt, den letzten Willen des Verstorbenen in allem zu erfüllen, ingleichem Recognitio documentorum.

§. 4.

Die Abtheilung des Mandati in *generale* und *speciale* hat eine Unterabtheilung. Denn Mandatum generale hat entweder die Clausel: cum libera (potestate) oder nicht, sine libera. Denn wenn ich auch einem alle meine Geschäfte übertrage, so folgt doch weiter noch nichts daraus, als daß ich ihm alle übertrage, die in Mandato enthalten, und was damit verbunden ist. Ich räume ihm aber dadurch noch nicht schlechterdings die Gewalt ein, in allem nach seinem Belieben zu handeln, so daß er thun kann, was er vermeynen könnte, daß ich selbst, wenn ich gegenwärtig wäre, thun würde. Das ist schon weit mehr, einem eine solche Gewalt einräumen, auch dasjenige zu thun, was der Dominus thun könnte, wenn er praesens wäre, und also auch selbst dasjenige zu thun, was sonst ein Mandatum speciale erfordert. Wenn nun ein Mandatarius dergestalt aufgestellt wird, daß er auch selbst dasjenige soll verrichten können, was sonst ein Mandatum speciale erfordert, so heißt es ein Mandatum cum libera facultate nempe agendi, denn es kann sich einer leicht vorstellen, daß dergleichen Causae oder Actus vorkommen, die sub generali nicht enthalten sind, sondern ein Mandatum speciale erfordern. Um also nichts zu versäumen, wenn Gefahr vom Verzug zu befürchten wäre, so kann der Dominus seinem Procuratori einräumen, auf den Nothfall dergleichen Actus, bey welchen er sonst um ein Mandatum speciale anhalten muß, ohne weitere Anfrage zu besorgen. Das geht gar wohl an, denn kann einer dem andern ein speciale Mandatum ertheilen, so kann er ihm ja auch überhaupt eine solche Erlaubnis einräumen, die auf alle Casus Mandatorum specialium geht, das ist kein Widerspruch. Wenn hingegen einem keine solche Gewalt eingeräumt worden ist, ob er gleich ad omnia negotia zum Procuratore constituirt worden, sondern dasjenige, was ein Mandatum speciale erfordert, ausgenommen oder, wo nicht ausgenommen, doch keine solche Clausel dem Mandato einverleibt worden, so heißt es ein Mandatum sine Libera. Nun ist freylich wahr, daß dieses vielen Streitigkeiten unterworfen ist. Denn einige Doctores läugnen das Mandatum cum Libera, dergestalt, daß sie geradehin sagen, wenn auch der

Principal seinem Mandatario seu Procuratori eingeräumt hätte, nach seinem freyen Belieben zu handeln, und dasjenige zu thun, was er selbst thun würde, wenn er gegenwärtig wäre, so gieng doch solches nicht auf die Casus Mandatorum specialium. Um deswillen muß man Cautelen gebrauchen, und in einem solchen Mandato, worinn man völlige und unbeschränkte Vollmacht ertheilen will, seinem Procuratori oder Mandatario alle Casus Mandatorum specialium anführen, z. B. vergleichen, Juramenta deferiren, alieniren, Erbschaften antreten und dergleichen. So hat es hernach keinen Zweifel, weil es in Mandato enthalten ist, daß auch ein solcher Fall dem Mandatario seu Procuratori überlassen ist, obgleich sein Mandatum generale ist, oder sonst dergleichen Casus Mandata specialia erfordern.

§. 5.

Welches sind nun die Geschäfte, die einem können übertragen werden? Gleichwie überhaupt ein Vertrag über schlechte Streiche ungültig ist, so ist es auch das Mandatum als eine Species Pacti. Wenn z. B. jemand einem auftragen wollte, den Mevium todt zu stechen, so darf er das Mandatum nicht halten, sondern das ganze Mandatum ist nullum. Denn es ist ein Mandatum rei turpis. Wenn Titius dem Mevius übertragen hat, den Sempronius todt zu stechen, und Mevius thut es, so kann er sich mit dem Mandato nicht entschuldigen und sagen: Titius hätte ihm das Mandatum übertragen, denn gesetzt auch, daß er ihm ein Mandatum dazu gegeben hätte, so ist er doch nicht schuldig gewesen, es zu thun. Daher wird ein jeder von ihnen beyden, sowohl der Mandans als Mandatarius gestraft, obwohl es ein Milderungsgrund ist, wenn der Mandatarius dem Mandanti, als seinem Obern, zu dienen verbunden gewesen, z. B. wenn er ein Dienstbothe von ihm ist, denn da ist der Dolus nicht so groß. Es ist zwar nicht recht, daß er in unerlaubten Dingen den Befehl seines Herrn vollzogen hat, es kann doch aber einer leicht auf dergleichen Factum gerathen, welches doch die Beymessung vermindert. Ist nun das Mandatum nullum, so ist auch keine Obligatio daraus vorhanden, denn es heißt: ex negotio nullo nulla quoque oritur Obligatio, also auch keine Klage. Z. B. der Mandatarius hat Strafe geben müssen, daß er dem Mevius auf Befehl des andern eine Ohrfeige gegeben hat, so kann der Mandatarius sich Actione Mandati nicht an den Mandanten halten, weil es verbothene Arbeit ist, welchenfalls das Mandatum nullum, und es also eben so viel ist, als wenn er auch ohne Vollmacht für sich den andern beschimpft hätte. Ich trage z. B. dem Sempronius auf, den Mevius statt meiner zu prügeln, er thut es, und wird nachher in 50 Rthlr. Strafe verurtheilt. Kann er mich alsdann belangen, daß

ich ihm das Geld erstatten solle? Antw. Nein. Die Doctores haben hier eine Regel: So oft der Staat oder ein Dritter durch einen schändlichen Auftrag beschädiget ist, so muß der Gewaltgeber und der Gewaltträger dafür haften. Der Magistrat kann beyde beym Kopf nehmen lassen. Lyncker de Mandato Rei turpis. Stryck de Mandato delinquendi.

§. 6.

Was die Formam Mandati betrift, so ist ein Essentiale Mandati die unentgeltliche Uebernahme eines fremden Geschäfts. Ausserdem aber ist das Mandatum ein Contractus consensualis, und daher ist auch wieder der mutuus Consensus ein essentiale Contractus. Ob nun gleich, wo man diese gratuitam Susceptionem wegnehmen will, ein anderes Negotium daraus erwächst, so ist doch richtig, daß eine freywillige Vergeltung der geleisteten Dienste der Vollmacht nicht widerspricht. Denn ist eine Obligatio vorhanden, so entsteht gleich ein anderes Negotium, nämlich Contractus innominatus, oder Locatio Conductio Operarum. Dann wird die Vollmacht hauptsächlich in Rücksicht des Gewaltgebers übernommen. Eben deswegen ist ein Mandatum ein Freundschaftsdienst, weil der Mandatarius keinen Vortheil davon hat, sondern blos zum Nutzen des Mandantis ein Negotium gerirt. Sonst, wenn er selbst einen Nutzen davon hat, so ist es kein Freundschaftsdienst, sondern da gerirt er das Negotium seines Vortheils halber, und erwächst sogleich ein anderer Actus daraus, und hört dieses Mandatum auf ein Mandatum zu seyn. Deswegen ist auch der Mandatarius nur ad Culpam latam gehalten, weil der Contrakt nicht seinen, sondern lediglich des Mandantis Nutzen angeht. Der Nutzen geht allemal auf den, den das Negotium angeht. Das Negotium aber gehet den Mandantem, nicht aber den Mandatarium an.

Weil nun das Mandatum gratis vollstreckt wird, so muß auch aller Gewinnst daraus erstattet werden. Ein Amtmann, der sich etwas Geld verdient hat, zieht in die Stadt, ersucht einen guten Freund, weil er ein paar tausend Thaler liegen hätte, so möchte er es ihm unterbringen, wenn es auch nur für vier vom Hundert wäre. Der andere denkt, hier ist etwas zu verdienen, für sechs Procent kann man es unterbringen, er kriegt auch sechs Procent, dem Amtmann aber giebt er nur vier, nachher erfährt es dieser, da muß ihm der Mandatarius allerdings den sechsten Thaler restituiren, weil er gegen des Gewaltgebers Willen Zinse angenommen hat.

§. 7.

Zwischen einem Mandato und Consilio ist ein Unterschied. Eine Bevollmächtigung ist eine Art eines Contrakts, und verbindet also den Mandantem. Ein Consilium aber ist keine Art eines Contrakts. Denn wenn man einem einen Rath giebt, so contrahirt man nicht mit ihm. Deswegen obligirt kein Consilium, oder wie man sagt, Consilia non necessitant. Es überläßt allemal derjenige, der einem einen Rath giebt, der Willkühr des andern, ob er darnach handeln oder es bleiben lassen will. Er wird also niemals dadurch genöthiget, wenn auch gleich das Consilium sollte speciale seyn. Wenn mich einer z. B. um Rath fragt, wie er sich doch in seiner großen Noth helfen solle, und ich rathe ihm, er solle sich zum Fenster hinausstürzen, so werde er bald aus der Noth seyn, so ist es ein Consilium speciale, es steht ihm aber frey, ob er es thun will oder nicht. Thut er es, so kann mir nichts beygemessen werden, denn er hätte es unerachtet meines Consilii thun können. Lauterbachs Diss. de Consiliis. So verhält es sich auch bey Recommendationen, die obligiren nicht, wenn sie auch gleich bestimmt seyn sollten. Es stehet noch allemal in der Willkühr dessen, dem etwas recommendirt wird, ob er die Recommendation respectiren will oder nicht. Daher, wenn er sie respectirt, und Schaden davon hat, so kann es dem andern, welcher die Recommendation gethan, nicht imputirt werden. Ein guter Freund schreibt an mich also: Ueberbringer dieses sey sein guter Freund, ich möchte ihm daher mit Rath und That beyspringen. Das ist Commendatio generalis, bittet er aber auch zugleich, ich möchte ihm auf den Nothfall mit Geld aushelfen, das ist Commendatio specialis. Perer Schulzens Diss. de Jure Commendationis. Andreas Homburgs ventilirte Disp. de Literis Commendatitiis. Aber dann verbindet nur eine Recommendation oder Consilium, wenn sie für ein Mandatum zu halten sind. Dieses geschieht aber alsdann, wenn man dem andern Schadloshaltung verspricht. Da ist man auch selbst dabey interessirt, da man sonst bey einem bloßen Consilio und einer Recommendation nicht interessirt ist, sondern es uns gleichviel gilt, ob der andere unserm Rathe folgen, und unsere Recommendation respectiren will oder nicht. Gleichwie aber Dolus niemals erlaubt ist, so kann er auch bey Consiliis und Recommendationen nie gelten. Wenn er mit unterlauft, z. B. wenn man einem einen Menschen recommendirt, von dem man weiß, daß er nichts nützt, z. B. man recommendirt einem einen Diener, der einen bestohlen hat, man will nur seiner gern los seyn, und lobt ihn dem andern sehr, daß er ihn annehmen soll, man wolle ihn ihm überlassen, und er bestiehlt auch den neuen Herrn, so lauft bey dieser Empfehlung ein Dolus mit unter, weshalben

der

der Commendans obligirt wird. Es will ein Kaufmann von mir Geld borgen, ich will ihm aber nicht alsobald trauen, frage einen andern um ihn, ob ich ihm wohl leihen könnte, dieser, ob er es gleich besser weiß, überredet mich, ich solle ihm leihen, er stünde gut und wäre wohl angesessen, allein der Ausgang zeiget, daß mich dieser falsche Rathgeber betrogen, indem der Kaufmann ganthmäßig wird, kann ich da den falschen Rathgeber belangen? Ja, weil er mich vorsetzlich hintergangen hat. Sonst aber, wenn dergleichen Dolus fehlt, so obligirt das Consilium und Recommendatio nicht, wenn sie auch gleich übel ablaufen. Ich empfehle einem einen Menschen zum Diener, und bin in der Meynung, daß er ein getreuer Kerl ist, nachdem bestiehlt er den andern, ich aber bin in bona fide, so kann auch derjenige, dem ich den Kerl recommendirt habe, sich in Ansehung dieses zugefügten Schadens an mich nicht halten, sondern er hat es sich selbst lediglich zuzuschreiben, daß er auf meine Empfehlung so schlechterdings gegangen ist, und sind wir alsdann freylich beyde durch den Kerl betrogen. In dem Falle hätte ja einer ohne sein Verschulden Schaden haben, und selbst bestohlen werden können, wenn er den Kerl selbst genommen hätte.

§. 8.

Wie ist die Obligatio Mandatarii beschaffen? Es ist der Contractus Mandati ein Contractus bilateralis, aber inaequalis. Die Obligatio, welche daraus entsteht, ist Principalis und Secundaria. Die Principalis ist nun immer vorhanden, und haftet auf dem Mandatario, vermöge seines gethanen Versprechens, andrer Geschäfte zu besorgen. Wer aber dieses verspricht, verspricht auch Fleiß dabey zu gebrauchen. Allein gewöhnlich verspricht er nicht den grösten Fleiß, weil er von dem Mandante das Geschäft unentgeltlich übernimmt. Deswegen wird nach der Natur dieses Vertrags nur diligentia minima erfordert, mithin ist a Mandatario Culpa lata zu prästiren. Westenberg in seinen Principiis Juris hält dafür, daß er leviſſimam präſtiren müsse. Andre hingegen sind der Meynung, daß er auch Culpam levem präſtiren müsse. Allein man hat keine Ursache, von den allgemeinen Grundsätzen de Culpa abzugehen, da ist gezeigt worden, daß es Grund habe, bey den Contrakten darauf zu sehen, ob sie den beyderseitigen oder aber nur Eines Theils Nutzen befördern. Der Contractus Mandati aber concernirt blos utilitatem Mandantis, so daß er omne Lucrum restituiren muß, in dem Fall aber wird von Seiten des andern nur Culpa lata präſtirt. Der Schluß, den die andern anführen, wenn sie sagen, propter fidem, welchen er versprochen, sey er auch ad Culpam leviſſimam praestandam gehalten, ist nicht richtig, denn daraus folgt nur, daß dieser Contractus ad infamantes gehört, d. i. wenn ein Dolus verübt wird,

der Mandatarius, der darauf verurtheilt worden ist, unehrlich, und zwar ipso Jure werde, weil hier eine singularis perfidia ist, indem sich einer als ein guter Freund von dem andern anstellt, und ihn doch betrügt. Vor dergleichen Leuten kann man sich weniger in Acht nehmen, als vor andern. Wo man demnach bey einem Contrakt auf des andern sonderbare Freundschaft sich zu verlassen hat, da wird derselbe ad Contractus infamantes gezählt, wie der Contractus depositi, der Contractus Societatis, desgleichen auch der quasi Contractus Tutelae. Sonst müste ja auch bey der Tutela folgen, daß der Tutor Culpam leviſſimam präſtiren müßte, welcher doch nur Culpam levem präſtirt. Eben deswegen, weil der Tutor nur Culpam levem präſtirt, kann ein Mandatarius dazu nicht gehalten seyn. Denn ein Tutor muß noch einen größern Fleiß, als ein bloser Mandatarius anwenden, weil er Waisengüter verwaltet. Hat nun der Mandatarius weniger zu präſtiren, so präſtirt er nur Culpam latam, nicht aber Culpam levem, noch leviſſimam. Ein anders wäre es, wenn das Geschäft die genaueste Sorgfalt erforderte. Sonst geht es nach der in L. 23 ff. de R. J. vorgeschriebenen Regel. Man schlage hiebey nach *Vinnium* L. 1 Quaeſt. Illuſtr. 52 in fine. Um noch vielmehr aber muß er Dolum präſtiren, der doch sonst latae Culpae in Contractibus äquiparirt wird, weil nämlich dieses ein Contrakt ist, der einen ſingularem fidem voraussetzt. Wenn z. B. der Mandatarius Geld, das man ihm anvertraut, in seinen eigenen Nutzen verwandt haben sollte, so ist es eine solche That, um derentwillen er unehrlich werden kann. Vorzüglich aber ist der Bevollmächtigte dazu verbunden, daß er sich in Besorgung des Geschäfts genau nach der Vorschrift der Vollmacht richte, und selbige nicht überschreite. Es muß nämlich der Mandatarius genau nach seiner Vollmacht, die er erhalten hat, gehen, denn sonst handelt er nunmehr für sich, uud nicht mehr für einen andern, als wie es einem Mandatario zusteht. Folglich, was er thut, wenn er die fines Mandati überschreitet, das alles kann den Mandantem nicht verbinden, denn es ist in seinem Namen nicht geschehen, oder nach seinem Willen, den er in der Vollmacht bemerkt hat, nicht gegangen. Wenn man z. B. einem aufgetragen hat, ein Pferd zu kaufen, aber nur für 40 bis 50 Rthlr. und er kauft eines für 80 Rthlr., so hat der Mandatarius die fines Mandati überschritten, und darf es der Mandans nicht halten, oder das Pferd annehmen. Man pflegt zu sagen: Commiſſiones sind ſtricti Juris, also muß der Mandatarius derselben Gränzen nicht überschreiten. Z. B. Man giebt einem den Auftrag, aus einer Auction einen Wagen für 100 Rthlr. zu erstehen, er biethet aber mehr darauf, weil andere schon mehr gebothen haben, so wird der Mandans nicht obligirt, die besorgte Bestellung anzunehmen. Wenn aber der Mandatarius dasjenige übernehmen will,

will, was er darüber gegeben hat, so muß der Mandans den Wagen in demselben Preise, wie er dem Mandatario committirt hat, übernehmen, er mag wollen oder nicht. Wenn aber der Mandatarius thut, was die Besorgung des Auftrags erfordert, so kann er hierdurch die fines Mandati überschritten zu haben nicht erachtet werden, z. B. es committirt einer dem andern zu Leipzig ein Pferd zu kaufen für 40 Rthlr., der Mandatarius kauft das Pferd, und bringt es zurück, auf dem Wege aber stößt dem Pferd ein Unglück zu, daß er ihm eine Kur gebrauchen muß, so kann der Mandans nicht sagen: er hätte die fines Mandati überschritten, dazu hätte er ihm keine Vollmacht gegeben, sondern er muß in dem Falle alles ersetzen, was die Besorgung des Auftrags erfordert hat. Eben so, wenn z. B. der Mandatarius in eines Angelegenheiten nach Frankfurt reisen sollte, so geht das Mandatum auf alles dasjenige, was die Executio desselben erfordert, z. B. ist es eine Person, der es nicht zusteht, daß sie hinläuft, sondern sie muß fahren, und zwar geht es auch nicht an, daß sie auf der ordentlichen Post fährt, sondern ihr Stand erfordert, daß sie Extrapost nimmt, so muß auf alles dieses auch das Mandatum gehen, und kann man nicht sagen, wenn der Mandatarius die Extrapost genommen hat, in dem Fall, da es sein Stand erfordert, daß er nicht auf der ordinari Post fährt, daß er die fines Mandati überschritten habe. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Mandans in alles das, was die Executio Mandati erfordert, eingewilligt habe. Es giebt Cajus dem Mevius den Auftrag, daß er nach Frankfurt reisen solle, und daselbst den Sempronius wegen einer Schuldforderung von 1000 Rthlr. verklagen möchte. Es trägt sich aber zu, da Mevius hinüberkommt, daß einer da ist, der dem Sempronius 1000 Rthlr. zahlt, darauf denn Mevius Arrest legt, weil er befürchtet, daß die Vögel aus dem Neste fliegen möchten, wodurch er auch bald zur Zahlung kommt. Sagt man nun, der Principal hat gewollt, daß Mevius den Sempronius verklagen, und nicht Arrest anlegen solle? Es ist genug, daß er erlangt, was er verlangt, und Executio Mandati nach den Umständen den Arrest erfordert hat. Genug, wenn er nur die Absicht erreicht hat, wenn es auch durch andre, als die vorgeschriebenen Mittel geschehen ist. Ja es geht auch an, daß man einen Auftrag auf eine andre Art besorgen kann, ohne daß deswegen der Mandatarius angesehen werden kann, als hätte er die fines Mandati überschritten, z. B. Mevius giebt dem Sempronius Ordre, daß er seine Juwelen, so er in Händen hat, verkaufen, und dem Mevius sein Haus abkaufen solle. Dem Mevius aber stehen die Juwelen gleich selbst an, und er giebt also dem Mevius die Juwelen statt der Bezahlung, so ist es etwas äquipollentes, und würde es der Mandans selbst gewollt haben, wenn er zugegen gewesen wäre. Ob er also gleich hier nicht den Buchstaben der Vorschrift erfüllt,

erfüllt, so sagen die Rechtsgelehrten doch, er habe spiritum Mandati erfüllt. Er ist doch nach dem Willen des Mandantis gegangen, der sich nämlich vermuthen läßt. Aber eben daher kann das ein Gesandter nicht thun, sondern der ist gehalten ad literam Mandati, der kann nicht blos nach dem Spiritu des Mandati agiren, denn es kann sich einer leicht betrügen, und etwas für gleichviel halten, das es doch nicht ist, welches wegen Wichtigkeit der Staatsangelegenheiten den grösten Schaden verursachen kann. Wenn einer per aequipollens handelt, und ist glücklich, so wird es ihm zwar nicht übel aufgenommen, ist er aber unglücklich, und es hat sein Principal Schaden davon, so kann er deswegen angesehen werden, ob es gleich etwas äquipollentes ist. Einem Gesandten vertraut man auch nicht immer die Staatsgeheimnisse an. Diese machen also, daß Sachen nicht äquipollent sind, ob sie gleich äquipollent scheinen. Daher kommt auch, daß ordentlicher Weise ein übernommenes Mandat durch andre nicht besorgt werden kann, denn man sieht, wenn man einem ein Mandatum ertheilt, auf seine besondre Geschicklichkeit, die man bey andern nicht immer vermuthen kann. Und wenn man gleich einem seine Angelegenheiten anvertraut, so folgt doch nicht, daß man sie auch andern anvertraue, deswegen kann keiner sich einen andern willkührlich nachsetzen oder etwas für sich besorgen lassen. Wenigstens vermuthet man die Wahl einer besondern Person bey künstlichen Arbeiten, welche von dem Bevollmächtigten in eigner Person besorgt werden müssen. Schürts Disput. de Negotiis in Persona propr. Ein Landrentmeister sollte eine Rechnung über eine große Summe Geldes ablegen. Er hatte sie zwar ins Reine gebracht, käme aber hieher, und ersuchte einen Rechnungsverständigen, er möchte sie durchgehen, ob er etwa darinn etwas ausgelassen hätte. Hätte wohl der Rechnungsverständige solche einem seiner Schüler anvertrauen können? Nein, denn hier kam es allerdings auf die Kunst und Geschicklichkeit des Meisters an. Unterdessen stellt sich manchmal ein Mandatarius, dem nämlich ein Mandatum ertheilt wird, zu eben der Zeit auch vor, daß er leicht könnte gehindert werden, allenfalls aber denket er doch dafür zu sorgen, daß, wo er wider Vermuthen verhindert werden sollte, von einem andern mit eben der Genauigkeit das Geschäft besorgt werde. Da pflegt dann dem Mandato auch die Clausula oder facultas substituendi angehängt zu werden. Wo es aber nicht ausdrücklich geschehen ist, so läßt sich nicht vermuthen, daß der Dominus sein Negotium auch einem andern, als dem Mandatario, anvertraut habe. Wenn auch der Mandatarius seine Aufträge nicht, wie es sich gehört, vollzieht, so ist er dem Gewaltgeber zur Entschädigung gehalten. Ein Kaufmann giebt einem andern den Auftrag, aufs Rathhaus zu gehen, und statt seiner ein ausgebothenes Haus zu steigern. Jener verspricht es, geht aber in ein Weinhaus, bleibt da sitzen und vergißt es. Nachher

her, als er aufs Rathhaus kommt, hat er die Licitation versäumt. Hier kann Mandans allerdings wider ihn klagen, weil sein Interesse darunter versiret. Darinn besteht also die Obligatio des Mandatarii, welche auf ihn kommt, so bald als der Contractus Mandati geschlossen ist. Anfangs ist es zwar blos der Willkühr des Mandatarii überlassen, ob er das Geschäft übernehmen will oder nicht. Allein, wenn er es übernommen hat, heißt es: Was anfänglich freyer Wille war, wird nachher Nothwendigkeit, weil der Mandans dabey interessirt seyn kann, und, wenn er sich nach übernommenem Auftrag darauf verlassen hat, und ihm viele bequeme Gelegenheiten entgangen seyn sollten, eben das Geschäft andern zu übertragen, die sich dazu anerbothen haben, und es auch unentgeltlich hätten übernehmen wollen, aller Verlust daher rühret, daß er dadurch abgehalten worden, daß es der andre übernommen hat.

§. 9.

Nun muß auch von der Actione Mandati und zwar directa gehandelt werden, denn man hat hier wieder einen Contractum inaequalem bilateralem, woraus allemal eine Actio directa und contraria entsteht. Die Actio directa entsteht ex Obligatione principali, und hat also die daraus entspringende Klage gegen den, auf welchem die Obligatio principalis haftet, statt. Diese haftet nun auf dem Mandatario, daher wird Actione Mandati directa der Mandatarius belangt. Von wem? zu was? Antw. daß der Bevollmächtigte den Auftrag unentgeltlich, getreu und fleißig besorge, 2) zur Ersetzung alles vorsetzlichen oder Culpa lata zugefügten Schadens, und 3) zu Erstattung alles dessen, was der Gewalthaber in Ansehung des Auftrags erlangt hat, und daher auch zur Ablegung der Rechnung. Manchmal übernehmen etliche ein Mandatum, und dann sind alle und jede gehalten, wenn sie sich auch gleich nicht correaliter verbunden haben. Denn durch ein Mandatum obligirt man sich, etwas zu thun, eine solche Verbindlichkeit aber ist untheilbar. Nur in dem Fall kann man aufs Interesse klagen, wenn die Besorgung selbst nicht mehr angeht. Manchmal aber tragen sie zusammen einem die Verwaltung des Geschäfts auf, und weil dann von diesem, falls Schaden dadurch zugefügt worden, derselbe unmittelbar herrührt, so ist es auch billig, daß er zuerst angehalten wird. Kann von ihm, und zwar gleich bequem, der Mandans wieder bekommen, was ihm gebührt, so hat er nicht nöthig, es erst von den übrigen, die das Geschäfte geführt haben, zu fordern. Ausser dieser Obligatione principali giebt es auch eine Secundariam, die nämlich ex accidenti ex hoc Contractu entsteht, wenn gelegenheitlich dieses Contrakts der Mandatarius zu Schaden gekommen seyn sollte. Wenn da auch gleich nichts sollte von der Schadensersetzung versprochen worden seyn, so versteht es sich doch

von selbst, da niemanden seine Dienstgefälligkeit schädlich werden solle. Es erweißt ja der Mandatarius dem Mandanti eine Gefälligkeit, daß er sich seiner Geschäfte umsonst annimmt. Es wäre also ja unbillig, wenn ihn der Mandans deswillen wollte Schaden leiden lassen. Im obigen Fall, wenn einer einen Auftrag bekommt, für den andern nach Frankfurt zu reisen, und allda des andern Angelegenheiten zu besorgen, und der Mandatarius hat allda viel auszugeben, z. B. bey den Processen, die er allda zu sollicitiren hat, indem er dabey leben müssen, er hat auch Reisegeld nöthig gehabt, und alles das vorgeschossen, so muß ihm alles gut gethan werden, sonst würde ihm seine Gefälligkeit schaden.

§. 10.

Die Actio contraria geht auf Schadloshaltung, indem der Mandans dem Mandatario dazu gehalten ist. Sie steht demnach dem Mandatario gegen den Mandantem, auf welchem die Obligatio secundaria haftet, zu. Worauf geht sie? Antw. Auf dasjenige, worauf die Obligatio secundaria überhaupt geht, diese aber geht auf Entschädigung, mithin auch auf Unkosten, welches aber nur von necessariis und utilibus zu verstehen ist. Wenn also der Mandatarius verreißt, und er auf der Reise ausgeplündert worden seyn sollte, so muß der Mandans dafür stehen, da jener bey Gelegenheit des Auftrags diesen Schaden leidet. Allen Schaden aber, den er in Rücksicht des Geschäfts leidet, den muß ihm der Mandans ersetzen, daher muß der Mandans auch Casum fortuitum prästiren, wenn sich derselbe wegen Besorgung des Auftrags zuträgt. Es sind einige, die das Gegentheil behaupten und meynen, es werde erfordert, daß der Mandans sich ausdrücklich erklärt habe, für allen Schaden zu stehen. Allein es ergiebt sich die Praestatio Casus fortuiti hier selbst aus der Natur dieses unentgeltlichen Vertrags, weil es unbillig wäre, wenn per Casum fortuitum, der zwar dem Mandanti nicht imputirt werden kann, ein Mandatarius zu Schaden käme, und er ihn nicht wieder ersetzt bekommen sollte. Vielmehr muß man dafür halten, daß auch Praestatio Casus fortuiti von dem Mandante stillschweigend übernommen worden, denn der Contractus Mandati ist ein Contractus bonae fidei, auch nach dem Jure Romano. In Contractu bonae fidei aber wird das für ausgedrückt gehalten, was die Billigkeit erfordert. Billig aber ist es allerdings, daß der Mandans den Schaden vielmehr leide, und er also alles, was dem Mandatario abgenommen worden, ihm vielmehr ersetze, als daß er auf den Mandatarium fallen solle. Ja es muß der Mandans culpam leviſſimam prästiren, weil er einen sonderbaren Liebesdienst vom Mandatario empfangen hat, indem er seine Geschäfte unentgeltlich zu verrichten über sich genommen hat.

§. 11.

§. 11.

Wie wird nun ein Mandatum geendiget? Ein Mandatum wird und zwar vollkommen per mutuum Consensum geschlossen, also kann auch mutuo Consensu das Mandatum wieder aufgehoben werden, welchenfalls aber der mutuus Consensus ein mutuus Dissensus genennt wird, weil er auf des Contrakts Aufhebung geht, denn wenn ich einem auch gleich aufgetragen haben sollte, meinen Proceß zu betreiben, mir fällt hingegen eine bequemere Gelegenheit vor, der Mandatarius ist auch damit zufrieden, daß er von der Last befreyt werde, so können sie in der Güte wieder von dem Contrakt abgehen, wie sie freywilliger Weise denselben geschlossen haben. Darauf kommt es nun freylich an, ob auch einer wider Willen des andern davon abgehen könne? Da heißt es denn, es endige sich der Auftrag durch zeitige Aufkündung des Gewalthabers, ehe nämlich dem Mandanti daran gelegen ist, daß der Mandatarius das Mandatum vollstrecke, welches daher kommt, weil der Mandatarius des andern Geschäft unentgeltlich übernommen hat, und ihn also die Gesetze nicht haben anhalten wollen, so lang Res integra, d. i. dem Mandanti nichts daran gelegen ist, daß es der Mandatarius in specie exequirt, sondern der Mandans auch das Mandatum einem andern ertheilen könne. Ist noch Zeit genug vorhanden, und die andern Umstände leiden es auch, so ist freylich der Mandatarius nicht dabey interessirt, daß es genau vollstreckt werde, ihm ist es eine Last. Aber eben daher sieht man auch, daß eine intempestiva Renunciatio den Mandatarium nichts hilft, wenn nämlich der Mandans dabey interessirt ist, daß er das Mandatum vollziehe, indem ihm etwa währender Zeit die Gelegenheit entgangen ist, einem andern das Mandatum zu ertheilen, ausgenommen wieder in dem Fall, wo ein unvermeidliches Hindernis dem Mandatario vorgefallen ist, in Zeiten dem Mandanti bekannt zu machen, daß er das Mandatum nicht vollstrecken könne. Z. B. es ist einer bisher immer willens gewesen, die Reise für den andern auf die bestimmte Zeit zu thun, nun aber eben, da er die Reise antreten will, entsteht in seinem Hause eine Feuersbrunst, die beschäftiget ihn dergestalt, daß er die Reise auf die bestimmte Zeit nicht antreten kann, worüber gar viel dem Mandanti oder Principal entgeht, dessen ungeachtet kann er doch nicht sagen: jener hätte tempestive auf das Mandatum renunciren sollen. Er hätte gern auf das Mandat renunciirt, wenn er nur den Fall vorher hätte sehen können, wodurch vielleicht ihm und dem Mandanti wäre gerathen gewesen. Unterdessen, da er nun den Fall nicht vorher hat sehen können, so kann er ihm doch auch nicht zu Schaden gereichen, und was also dem Mandanti dadurch entgangen, das kann er von dem Mandatario nicht fordern. Zu dergleichen unvermeidlichen Hindernissen

gehören auch Krankheit, feindlicher Ueberfall, Todfeindschaft. Ich habe einem den Auftrag gemacht, morgen frühe fort zu reisen, er nimmt es an, Abends um 10 Uhr aber läßt er mir wieder absagen, weil er so viel Schmerzen bekommen habe, daß er weder stehen noch liegen könne, und also nicht wisse, ob er morgen restituirt seyn würde, das muß ich gelten lassen, weil es ein unvorhergesehenes Hindernis ist. Was das Letzte, nemlich die Todfeindschaft anbetrift, so muß sich ein Gewaltgeber selbst bescheiden, daß der Mandatarius den Auftrag nun weiter nicht vollzieht, denn er hat seine Angelegenheiten als ein guter Freund übernommen, und wenn er sich also mit ihm abwirft, so fällt die ganze Hauptabsicht weg, und muß sich also der Mandans um einen andern guten Freund, dem er sein Negotium überträgt, umsehen. Bekümmert er sich nicht darum, und leidet sodann Schaden dadurch, daß seine Geschäfte nicht gehörig besorgt worden, so kann er die Schadensersetzung nicht von dem Mandatario fordern, denn so bald er sich mit ihm abgeworfen, so ist er nicht mehr das Geschäft zu besorgen gehalten, und als ein Freund sich aufzuführen, weil er sich als einen Feind gegen ihn erklärt hat.

Hiebey ist noch übrig des Contramandati Erwähnung zu thun. Dieses heißt dasjenige Mandat, wodurch ein vorher ertheiltes wieder zurückgenommen wird. Es versteht sich demnach solches aus dem vorhergehenden. Der Fall wäre dieser: Mevius giebt mir ein Mandatum, daß ich für ihn ein Pferd in Frankfurt kaufen soll, es reuet ihn aber wieder, und er will also sein Mandatum revociren. Das geht wohl an, so lang der andre das Pferd noch nicht gekauft hat, oder überhaupt Res noch integra, d. i. ab Seiten des Mandatarii noch kein Interesse vorhanden ist, daß das Mandatum zum Vollzug komme. Wenn der Fall z. B. so wäre, daß ich das Pferd bereits gekauft hätte, so würde ich Schaden davon haben, wenn ichs behalten sollte, denn es kann seyn, daß ich kein Pferd nöthig habe, wenigstens kein so theures, als wie dieses. Ich hätte mich auch z. B. zur Reise fertig gemacht, allerhand Sachen darauf gekauft, so ist Res nicht mehr integra, und also, wenn die Revocatio sollte geschehen können, hätte ich Schaden davon, folglich findet hier kein Contramandatum statt. Ich gebe einem heute Kommission, daß er Pferd und Wagen bestellen, und in meinen Geschäften nach Frankfurt reisen solle. Er will es thun, und giebt dem Fuhrmann einen Louisdor darauf, des Abends lasse ich es ihm wieder absagen, dieses kann Mandatarius zwar geschehen lassen, allein der Mandans muß ihm den Louisdor restituiren, und sich auch mit dem Fuhrmann vergleichen. Kann aber der Mandatarius schadlos gehalten werden, so kann in dem Fall das Mandatum wiederrufen oder die Ausführung gehindert werden,

denn

denn wenn er schadlos gehalten wird, so hat er weiter kein Interesse dabey, daß das Mandatum vollzogen werde, weil dieses, daß das Mandatum vollzogen wird, blos das Interesse des Mandantis angeht, darüber aber kann er nach Belieben anordnen, und sein Interesse nachlassen, oder es suchen zu erhalten. Der letzte Modus, da ein Mandatum erlöschen kann, ist das Absterben eines von beyden, oder es ist darunter sowohl der Casus mortis Mandantis, als Mandatarii zu verstehen. Was also erstlich des Gewaltgebers Tod anbetrift, so heißt es, wenn der Mandans verstirbt, so sind seine Erben an das Mandatum nicht gehalten. Z. B. es hätte der Mandans einem aufgetragen, für seine Frau einen kostbaren Leichenstein machen zu lassen. Nun verstirbt er darüber, so verbindet das Mandatum seine Erben nicht so, daß auch sie gehalten wären, den Leichenstein verfertigen zu lassen, denn ein Mandatum ist ganz etwas persönliches, der Nutzen, welcher auch dadurch erhalten wird, ist meistentheils persönlich, und kann nicht, was dem Mandanti genutzt hat, auch den Erben nutzen. Was auch den Mandatarium anbetrift, so folgt nicht, er hat dem Mandanti wollen eine Gefälligkeit erweisen, also will er sie auch seinen Erben erweisen, oder seine Erben des Mandantis Erben, und also mag man das Mandatum betrachten, wie man will, so ist es von Seiten des Mandantis etwas persönliches, oder das sich über seine Person nicht erstreckt, und daher geht es an, daß die Erben davon abgehen können. Ein andres aber ist es, wenn vorher schon in einem vorkommenden Fall am Leichenstein gemacht, und ihm solcher wirklich behandelt worden seyn sollte. Da ist Res nicht mehr integra, dann liegt es dem Gewalthaber schon daran, daß der Auftrag vollends ausgeführt werde. So bald der Mandatarius zeigen kann, daß er Schaden leiden würde, so bald ist klar, daß das Mandatum nicht mehr zurückgenommen werden kann, da der Mandans den Mandatarium nicht in Schaden bringen kann, sondern da geht die Verbindlichkeit auch auf die Erben, denn die Schadloshaltungsverbindlichkeit geht auch auf die Erben über, da müssen die Heredes das Factum defuncti prästiren. Denn es ist ganz etwas anders, wenn der Mandans bereits gestorben, und das Geschäfte, welches einem zu besorgen aufgetragen worden ist, noch nicht angefangen seyn sollte, da versteht sich von selbst, daß der Mandatarius davon abstehen muß. Und wenn er dem ungeachtet fortfährt, z. B. den Leichenstein zu kaufen, und verarbeiten zu lassen, da er doch weiß, daß der Mandans gestorben ist, so läuft er Gefahr, und kommt ein Schaden daraus, daß er etwa den Leichenstein nicht mehr anbringen kann, so mag er sichs beymessen, denn er hat gewußt, daß der Mandans gestorben ist. Aber eben daher, weil der Tod ein Factum ist, das sich nicht vermuthen läßt, und einer rechtmäßig ignoriren kann, kann es seyn, daß einer auch nach des Gewaltgebers Tod etwas

zu besorgen hat, unterdessen doch ihm alles, was er deswegen ausgegeben oder verwandt hat, restituirt werden muß, auch die Obligatio ex Mandato auf die Erben geht, wenn er nemlich des Gewaltgebers Tod ohne seine Schuld nicht gewußt hat, denn eine solche Unwissenheit schadet ihm nicht. Javolenus giebt einem Zimmermann den Auftrag, in seinem Garten ein Lusthaus zu bauen, er thut es, Javolenus stirbt darüber, als das Haus halb fertig ist, da müssen seine Erben so viel bezahlen, als zu dem halben Fundo an Baumaterialien erforderlich gewesen ist. Auf gleiche Weise verhält es sich bey dem Mandatario, wenn er verstorben ist, denn der Mandans sieht bey dem Mandatario auf besondere Qualitäten, Geschicklichkeit und Treue, die sind aber nicht erblich, daher geht auch das Mandatum in Ansehung des Mandatarii nicht über dessen Person. Solchergestalt sieht man wieder, daß auch die Erben des Mandatarii sich nicht unterfangen können, nach des Gewalthabers Tod den Auftrag zu besorgen, folglich thun sie alles, was sie nachher thun, in eigenem Namen, und nicht als Mandatarii. Haben sie also etwas aufgewandt, so darf es ihnen der Mandans nicht wieder ersetzen, denn das Vertrauen, das er auf den Verstorbenen gehabt hat, das hat er zu ihnen nicht, und also hätten sie sich gleich vorstellen sollen, von dem abzustehen, was dem Verstorbenen aufgetragen worden ist, wenn Res nicht mehr integra ist. Allein gesetzt, es hätte bereits die Sache auch den Mandatarium noch bey seinen Lebzeiten schon vieles gekostet, darüber verstirbt er, und die Erben setzen es fort, so geht es an, daß sie alles auch wieder von dem Mandante fordern können, denn ob zwar die Erben nach des Gewalthabers Tode dasjenige, was ihm zu besorgen anbefohlen worden, nicht anfangen können, so können sie es doch fortsetzen, wenn es bereits angefangen ist, damit sie nicht in Schaden kommen, und zwar wegen der Gefälligkeit ihres Erblassers, die er dem Mandanti hat erweisen wollen. Will man die Revocationem Mandati eintheilen, so muß sie in die ausdrückliche, *expressam*, stillschweigende, *tacitam*, und muthmaßliche, *praesumtam*, eingetheilt werden. Diese ist, wenn der Status rerum so verändert worden ist, daß wahrscheinlich der Principal vom Mandato abgegangen ist. Z. B. Cajus giebt dem Nevius Commission daß er zu Kölln um eines reichen Kaufmanns Tochter für ihn freyen soll, indem er verhoft, er werde viel Geld mit ihr bekommen. Da nun Nevius dahin kommt, ist der Kaufmann ganthmäßig, oder etwa in der Inquisition, so wird vermuthet, daß wenn der Principal selber da seyn würde, er dieser Ursache wegen die Heyrath fahren lassen würde. Solchemnach ist er sodenn auch nicht daran gebunden, wenn gleich der Mandatarius in seinem Namen Verlöbnis gehalten hat. Tacita Revocatio ist, wenn z. B. einer einen Procuratorem

ju-

judicialem hat, und der Principal selber einigemal erscheint, so hat er offenbar dem Procurator seinen Auftrag stillschweigend abgenommen.

Drittes Buch.

Tit. XVI.

De Contractu Chirographārio.

§. 1.

Daß der Contractus Chirographarius ein besonderer Contrakt sey, halten viele dafür. Solcher Meynung sind auch **Lauterbach** in Compend. und **Westenberg** in Tractatu de variis Causis Obligationum ergeben. Wenn man auch einen fragt: wie viel sind Contractus nominati, so ist nichts gemeiners, als die Antwort: Reales, Verbales, Consensuales et Literales, so daß, wenn in Examinibus einer den Contractum literalem wegließe, er für den grösten Idioten gehalten würde. Allein, wenn man nach der Wahrheit gehen soll, so ist des Titius Meynung mehr gegründet, daß der Contractus Chirographarius ein Unding sey, welche Abhandlung sich in seinem herausgegebenen Volumine Dissertationum befindet. Der alte **Bachov** ist ebenfalls schon der Meynung gewesen, daß es keinen besondern Contractum Chirographarium gebe, sondern dasjenige, was man Contractum Chirographarium nenne, ein mutuum praesumtum sey. Sonst wird er so erklärt, daß er derjenige Contrakt sey, der schriftlich geschlossen werde. Denn gleichwie bey den andern Contractibus, z. B. den Realibus, ex rei Traditione die Obligatio entspringt, so meynt man, daß die Obligatio bey dem Contractu Chirographario ex literis entstehe, daß also hier die Literae ein Medium obligandi wären, da sie sonst nur ein Medium probandi sind. Allein die Obligatio entsteht auch bey diesem Contrakt nicht ex literis, sondern ex praesumta numeratione pecuniae. Daher muß man sich hier nur den wirklichen Fall vorstellen, so wird man gleich wahrnehmen, daß die Obligatio nicht ex literis, sondern ex praesumta numeratione pecuniae entspringt. Der Fall ist dieser: Ich komme zu dem **Nevius** und bitte ihn, daß er mir 1000 Rthlr. vorschießen möchte. Er sagt: es wäre gut, er wolle es thun, ich soll ihm nur eine Handschrift ausstellen, und darinn bekennen, daß ich das Geld von ihm empfangen hätte, er wolle

mir

mir sogleich das Geld zuschicken. Ich stelle eine Handschrift aus, denn ich bin froh, daß ich nur Hoffnung habe, Geld zu bekommen, und also in der Hitze schreibe ich hin, daß ich das Geld empfangen, da ich es doch nicht empfangen habe. Nachdem ich nun die Handschrift ausgestellt, und auf das Geld warte, so bekomme ich doch nichts. Da fragt sichs, wenn Mevius die Handschrift gegen mich vorbringt, ob und aus welchem Grunde ich bezahlen müsse? Nach dem Jure Justinianeo heißt es: Ich habe innerhalb zwey Jahren Exceptionem pecuniae non numeratae, nach zwey Jahren aber sey diese Exceptio verjährt. Wenn sodenn die zwey Jahre vorbeygestrichen sind, muß ich bezahlen, wenn ich auch gleich nichts bekommen habe, weil man nach zwey Jahren annimmt, daß ich das Geld bekommen habe. Folglich muß ich es ex praesumta numeratione pecuniae bezahlen, und nicht deswegen, weil ich hier das Mutuum schriftlich bekennt habe, sondern deswegen, weil präsumirt wird, daß ich pecuniam mutuo datam bekommen habe. Es wird nämlich nach zwey Jahren nicht für wahrscheinlich gehalten, daß einer eine Handschrift ausgestellt, und sich in zwey Jahren um dieselbe nicht bekümmere, ob ihm nämlich das Geld bezahlt werde oder nicht, wenn er das Geld nicht empfangen hätte, da ist freylich die gröste Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß er das Geld empfangen habe. Ja, nach zwey Jahren muß man es für wahr halten, wenn es gleich nicht ist, damit doch endlich einmal der Streit ein Ende gewinne. Eben deswegen ist es eine Praesumtio Juris, et de Jure, welche keinen Gegenbeweis zuläßt. Daher geht es nicht mehr an, daß man beweise, es wäre nicht an dem, daß man innerhalb den zwey Jahren die Bezahlung bekommen hätte, sonst müste man gegen eine jede solche Präsumtion einen Beweis zulassen. Wenn das tempus legitimum praescriptionis vorbey ist, so wird eine Veräusserung vermuthet, deswegen aber, weil es nur schlechthin vermuthet wird, so läßt man doch den andern nicht mehr zum Beweise, wenn er etwa beweisen wollte, daß er seine Sache nicht veralienirt hätte. Es wird ihm zur Strafe der Nachläßigkeit aller Beweiß abgeschnitten, und so geht es hier auch. Weil nämlich einer seine Handschrift innerhalb zwey Jahren nicht zurückgefordert hat, so wird ihm hernach aller Beweis abgeschnitten, und muß er bezahlen, denn er hat innerhalb dieser Zeit Actionem Causa data, Causa non secuta gehabt. Er hat ex ea Causa das Chirographum ausgestellt, daß er dagegen das Geld erhalten soll, diese Absicht, Causa, ist nicht erfüllt worden, folglich hätte er also das Geld wieder erhalten können. Ist auch wohl gar ein Dolus darunter, so hätte er auch Actionem Doli gehabt. Hat er nun innerhalb zwey Jahren weder Actionem doli, noch Condictionem Causa data, Causa non secuta instituirt, noch eine gerichtliche Protestation eingewandt, so kann man freylich nicht anders vermuthen, als daß er das Geld bekommen

kommen habe. Daher sieht man, daß hiebey zwey Praesumtiones collidiren, wie es mehrere Fälle giebt, wo Praesumtiones collidiren, wie denn Hombergk eine besondere Dissertation de Collisione, seu Concursu Praesumtionum geschrieben hat. Denn wenn man gegen einen eine solche Handschrift producirt, so entsteht erst eine Praesumtio ex Chirographo, oder der Handschrift. Allein es entsteht auch wieder eine Praesumtio, daß die Handschrift blos wegen gehoffter Erlangung des Gelds in der Noth, in qua versatur debitor ausgestellt worden sey, welche Praesumtio selbst gegen die Urkunde streitet Solchemnach ist Praesumtio, daß das Geld nicht bezahlt worden, stärker, als diejenige, welche für die Urkunde eintritt. Nun muß man allemal in Collisione praesumtionum eine Ausnahme machen, und also hier von der Praesumtione pro Instrumento, als der schwächern, denn diejenige Praesumtio heißt stärker, welche auf einer größern Wahrscheinlichkeit sich gründet, und wenn diese nicht so groß ist, worauf sich eine andere Praesumtio gründet, so heißt dieselbe schwächer. Es geschieht ja aber gar oft, und ist gar etwas natürliches, daß ein Schuldner, der in Nöthen ist, in der Hitze, wenn ihm nur Hofnung zur Zahlung gemacht wird, gleich eine Handschrift von sich ausstellt, wenn er auch das Geld noch nicht bekommen hat. Und hier hat man nicht so viele Beweise für die Wahrheit, daß das Geld bezahlt worden ist, als fürs Gegentheil, daß das Geld nicht bezahlt worden ist, und wird solchergestalt hier das Anlehen innerhalb den ersten beyden Jahren noch nicht vermuthet, sondern der Creditor muß, vermöge der Präsumtion, die er gegen sich hat, wenn er gleich das Instrument für sich producirt, beweisen, daß er das Geld wirklich ausbezahlt habe. Das ist ein gar schwerer Beweis, und kann es manchmal kommen, daß einer oft um sein Kapital kömmt, wenn er gleich das Geld bezahlt hat, wenn der andere es abläugnet. Weswegen die Doctores rathen, daß, wenn ein Creditor, der eine Handschrift annimmt, Zeugen dazu ziehe, damit, wenn der Debitor Exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen will, der Creditor, wenn ihm der Beweis auferlegt wird, sogleich durch die Zeugen die Bezahlung des Gelds erweisen könne.

§. 2.

Woraus sofort ersichtlich ist, daß man bey diesem Fall einen Debitorem und Creditorem habe. Denn es ist nach erst gemachter Erklärung ein Mutuum praesumtum, bey diesem aber hat man einen Creditorem und einen Debitorem. Dieser hat zwar die Schrift in keiner andern Absicht verfaßt, als des Beweises halber. Allein, weil Justinian verordnet, daß Exceptio non numeratae pecuniae nach zwey Jahren nicht mehr soll entgegengesetzt werden können,

nen, so geschieht es zufälligerweise, daß durch diese Schrift der Debitor obligirt wird, weil über die Causam debendi nicht mehr gestritten werden darf.

§. 3.

Dieser Contractus wird wie das Mutuum über Res fungibiles errichtet, denn was beym Mutuo vero Rechtens ist, und was das Mutuum verum erfordert, das erfordert auch das praesumtum. Es ist aber nicht allein das Mutuum ein Gegenstand dieses Contrakts, sondern auch das Heyrathgut, Dos. Ob einer ex Dote oder Lehensweise 1000 Rthlr. empfangen hat, ist einerley, wenn nur eine Handschrift in Hofnung zu erhaltender Bezahlung ausgestellt worden ist. Daher haben wir auch Exceptionem non numeratae Dotis. Die Erben der Frau müssen beweisen, daß der Schwiegervater dem Mann den Dotem bezahlt habe, weil nicht zu vermuthen ist, daß einer so lange still schweigen, und den Dotem nicht fordern werde.

§. 4.

Die Form dieses Contrakts besteht in einem schriftlichen Bekenntnis, daß man von dem andern eine gewisse Summe empfangen habe. Aber dieses Bekenntnis ist nicht genug, sondern es wird ausserdem noch erfordert, daß der Schuldner zugleich die Wiedererstattung des Empfangenen versprochen hat. Es wird dieses Instrumentum obligatorium ungefähr folgendergestalt verfaßt: Demnach mir Endesunterschriebenen, auf mein inständiges Ansuchen und Erbitten, Herr Titius zu meinem Bedürfnis und Fortsetzung der Nahrung heute dato 100 Rthlr. vorgestrecket und geliehen, solche auch ich zu meinen Händen baar empfangen und mit Begebung der Ausflucht nicht baar bezahlter Gelder hierüber gebührend quittiret: Als verspreche solche 100 Rthlr. bey Verpfändung meines sämmtlichen Vermögens, auch ausdrücklicher Renunciation der Ferien und Marktfreyheiten, und zwar bey bürgerlichem Gehorsam und nach Wechselrecht, binnen zwey Monaten, nebst landüblichem Interesse, dankbarlich wieder zu bezahlen. Urkundlich habe ich diese Obligation von mir gestellet, auch eigenhändig unterschrieben und besiegelt. So geschehen ꝛc.

§. 5.

Solchemnach kann man eigentlich nicht sagen, daß die Verbindlichkeit aus dem schriftlichen Aufsatz, oder der Handschrift entstehe, denn sonst müste die Scriptura die Causa hujus Contractus, und das Fundamentum agendi seyn. So aber ist die Causa in diesem Falle die Ausbezahlung des Gelds, welche, wenn die Zeit verstrichen ist, vermuthet wird, deswegen muß einer bezahlen. Und

wenn

wenn auch der Kläger sich blos darinn gründet, daß er sagt: da ist es geschrieben, so ist doch solches nicht die Causa, sondern dieses, daß er sagt, wenn es auch gleich nicht wahr ist: ich habe das Geld bezahlt, also restituire du es, denn er bleibt dabey, wie es die Handschrift ausweißt, daß das Geld ausbezahlt worden ist, und braucht also dieselbe nur zum Beweis der Zahlung des Geldes, welche die Wiedererstattung nach sich zieht. Solchemnach und da numeratio seu Traditio rei die Causa Contractus ist, ist ja der Contractus realis, und zwar ein Mutuum. Dagegen sagt Westenberg: wie kann ein Mutuum seyn, wo kein Geld bezahlt worden ist? Daraus folgt aber nur dieses, daß es kein Mutuum verum ist, deswegen aber ist es doch ein Mutuum praesumtum. Es gilt nicht gleich viel, ob man Bachovs oder Lauterbachs Meynung ergreift. Denn wenn man zum Grunde dieses Contrakts ein muthmaßliches Anlehen annimmt, so folgt, daß der noch in väterlicher Gewalt stehende Sohn gegen seine Handschrift auch noch nach zwey Jahren das SCtum Maced. entgegenhalten kann, welches aber nicht geschehen könnte, wenn der Grund etwas anderes, als Anlehen wäre.

§. 6.

Was ist nun insbesondere in Ansehung der zweyjährigen Frist zu merken? Diocletian hat Anfangs fünf Jahre Zeit gelassen, und zwar um deswillen, weil ehemals das Instrumentum allein, als eine Confessio solitaria nichts wirkte. Das war von gar keiner Wichtigkeit, denn vor seinen Zeiten war dieses bey den Römern gebräuchlich, daß, wenn einer dem andern eine Handschrift ausstellte, Zeugen dazu gezogen wurden, oder es wurde das Mutuum vermittelst einer Handschrift vor den Argentariis oder geschwornen Wechslern contrahirt, daß also eine einzele Handschrift, die nur unter dem Gläubiger und Schuldner allein ausgestellt worden, nichts bewies. Deswegen hat auch Cujacius sich hierinn geirret, wenn er meynt, daß die Obligatio ex mutuo blos vor den Argentariis contrahirt worden wäre. Sie hat auch können vor Zeugen contrahirt werden, aber dieses war nicht genug, denn es half den Creditorem nichts, wenn er gleich ein Chirographum, das ihm der Debitor ausgestellt hatte, vorzeigte. Allein der Kayser Diocletianus sah ein, daß es doch hart wäre, wenn der andere seine Handschrift nicht abläugnen könnte, den Creditorem dieses doch nichts helfen sollte. Daher verordnete er, daß eine solche Confessio literalis eine Vermuthung für den Creditorem wirken, hingegen auch dem Debitori dagegen Exceptio non numeratae pecuniae zustehen sollte. Damit nun der Richter etwas gewisses hätte, wie lang er dem Debitori Zeit zur Entgegensetzung dieser Exception lassen, aber auch dem Gläubiger den Beweis der

Bezahlung auferlegen sollte, so setzte er eine gewisse Zeit, daß nämlich, wenn die fünf Jahre vorbey wären, dem Schuldner seine Exceptio non numeratae pecuniae benommen seyn und er bezahlen sollte, innerhalb zwey Jahren aber, weil doch für ihn eine stärkere Vermuthung einträte, sollte der Creditor den Beweis über sich nehmen. Das hält nun Zoll in Tractatu de Exceptione non numeratae pecuniae für höchst unbillig. Es kann aber doch nach der Analogia Juris nicht anders seyn, als daß der Creditor beweisen muß, da er die Vermuthung in den ersten zwey Jahren gegen sich hat. Denn wer eine Praesumtionem Juris gegen sich hat, der muß den Beweis über sich nehmen. Justinian aber hielt dafür, daß die Zeit zu lang wäre, fünf Jahre nämlich einem so nachläßigen Schuldner anzuberaumen, denn er zog in Erwägung, daß, wenn einer seinem Creditori seine Handschrift nur ein Jahr in Händen liesse, und sie nicht zurückforderte, noch auf die Bezahlung dränge, schon zu vermuthen wäre, daß er die Bezahlung bekommen hätte. Daher verkürzte er die Zeit, und machte eine zweyjährige Frist daraus. Das verwirft nun Titius, ob er gleich sonst auch den Contractum pro putativo hält, und sagt es hätte Justinian gleich dem Chirographo eine vim obligandi beylegen, und sogleich den Schuldner zu bezahlen anhalten sollen, als er das Chirographum ausgestellt hätte, und es agnosciren müste, das würde die Leute aufmerksam machen, keine Schuldscheine auszustellen, ohne die Bezahlung erhalten zu haben. Allein das ist gegen die klare Verordnung der Gesetze. Wenn es auch gegründet wäre, so bleibt doch jenes ein Gesetz, und Titius kann kein Gesetz dagegen machen. Es hat auch Justinians Verordnung Grund, denn es ist doch nicht zu läugnen, daß es vielfältig geschieht, daß Schuldner in Nöthen dergleichen Handschriften ausstellen und bekennen, so und so viel Geld empfangen zu haben, weil einer in der Noth alles thut, und nicht alles, was er thut, bedenkt. Daher wäre es unbillig, wenn man so schlechterdings ein Chirographum gegen einen gelten lassen wollte. Man möchte aber sagen: warum gilt es doch aber in Wechseln, gegen einen Wechsel habe ich doch nicht Exceptionem pecuniae non numeratae, der hat Executionem paratam bey sich? Allein von Wechseln auf simple Chirographa kann man nicht schließen. Denn daß alles bey Wechseln so geschwind hergehen muß, erfordert das Handlungswesen, welches sonst allzusehr gehindert würde. Handschriften hingegen stellt man auch ausser der Handlung aus. Von einem Falle aber, der das Commercium angeht, kann man nicht auf einen Fall, der das Commercium nicht angeht, schließen. Solchemnach ist es billig, daß, wenn einer eine Handschrift ausgestellet, und innerhalb zwey Jahren, im Fall, da die Bezahlung darauf nicht erfolgt, die Handschrift nicht wieder zurückgefordert, oder auf die Bezahlung gedrungen, oder dagegen protestirt hat, er nach zwey

Jahren

Jahren bezahlen müsse. Struv hat noch eine besondere Meynung. Denn er hält dafür, daß, wenn der Schuldner nach zwey Jahren sich zum Beweis der nicht erfolgten Bezahlung erböthe, müßte er damit noch zugelassen werden. Dieser Meynung sind auch andere Doctores, allein sie ist nach der Analogia Juris höchst irrig, indem nach dem Ablauf der zweyjährigen Frist ja Exceptio pecuniae non numeratae präscribirt wird, und Praesumtio, numerationem factam fuisse, eine Praesumtio Juris et de Jure ist, welche allen Gegenbeweis ausschließt. Daher gilt kein Beweis mehr. Und wie wollte er anders beweisen, als durch Eideszuschiebung, da doch der Creditor die gröste Vermuthung für sich hat? Wenn man also nach der Analogia Juris urtheilen soll, so muß der Debitor nach zwey Jahren ohne weiters bezahlen, wenn er auch gleich noch so sehr schreyt, daß er das Geld nicht bekommen habe. Er mag es haben, die Gesetze sind an seinem Schaden nicht schuld, sondern er selbst. Warum hat er innerhalb zwey Jahren actionem Doli nicht erhoben, Condictione Causa data, Causa non secuta das Chirographum nicht zurückgefordert, oder auf die Bezahlung gedrungen? Sogar haben die Gesetze die Exceptionem non numeratae pecuniae privilegirt, daß sie auch als eine Klage kann erhoben werden. Also hat er einzig und allein sich die Schuld beyzumessen, wenn er zwey Jahre hat vorbeystreichen lassen und hernach bezahlen muß. Aller Streit über nicht erhaltnes Geld hört nach zwey Jahren auf. Dieses alles nun hat statt, wenn er auch ein Pfand gegeben hätte, (weil er meynt, der Creditor werde desto eher mit dem Gelde herausrücken, wenn er ein Pfand sieht,) oder auch, wenn er den Empfang nur zum Theil widerspricht. Wenn der Debitor eine Obligation auf 600 Rthlr. ausstellt, und nur 400 empfängt, weil der Gläubiger nicht mehr baar hat, mit dem Bedinge, er soll das übrige in vier Wochen haben, die Zeit verfließt, und es bekommt der Schuldner doch nicht die übrigen 200 Rthlr., kann er aus derselben Obligation wegen des Rückstands klagen? Antw. Ja, weil auch von den Theilen gelten muß, was vom Ganzen gilt.

§. 7.

Das Chirographum, wenn es gerichtlich vorgelegt wird, wird entweder recognoscirt (anerkannt) oder eidlich widersprochen (diffitirt), denn das Chirographum soll die geschehene Bezahlung beweisen. Dazu wird es eben gebraucht und ersieht man daraus, daß es ein Beweismittel ist. Es kann aber die Bezahlung nicht beweisen, wo der Debitor nicht seine Hand recognoscirt. Also muß er entweder seine Hand recognosciren, oder wenn er sie nicht recognoscirt, muß er sie eidlich diffitiren, eines von beyden, d. i. er muß schwören, daß das

seine Hand nicht sey. Schwört er, daß es seine Hand nicht seye, so beweißt sie auch gegen ihn nichts. Recognoscirt er sie aber, so beweiset sie auch gegen ihn, daß er das Mutuum contrahirt habe. Allein das beweißt weiter nichts, als daß er schriftlich gestanden hat, daß er das Geld empfangen habe. Daraus aber folgt noch nicht, also hat er es auch wirklich empfangen, sondern nur, daß sein Geständnis wahr und nicht erdichtet sey, daß er gestanden habe, er habe das Geld empfangen. Er kann es ja aber in der Noth gestanden haben. Unterdessen geht der ganze Beweis dahin, daß er restituiren soll, was er gestanden empfangen zu haben. Nun hat er schon restituirt, oder der Creditor hat schon, was ihm der Debitor restituiren soll, so darf es dieser nicht erst restituiren. Hat er es schon, z. B. vermöge eines Pacti de non petendo, so wird er ebenfalls vom Ersatz befreyt, desgleichen, wenn ein Vergleich geschlossen worden ist. Folglich können alle diese Exceptiones einem Chirographo noch entgegengehalten werden. Sie müssen sich aber alle auf der Stelle erweisen lassen. Denn man errichtet eben um deswillen ein Instrument über die Bezahlung, damit man in der Geschwindigkeit wieder zu dem Seinigen gelangen könne. Also kann man keine Exceptionem altioris indaginis, oder die eine weitläuftige Untersuchung erfordert, zulassen, sondern, wofern alle diese jetzt angeführte Exceptiones nicht in der Kürze zu erweisen stehen, so muß man damit ad separatum verwiesen werden, und die Bezahlung sogleich erfolgen. Wenn es aber heißt, in Continenti oder auf der Stelle müsse der Beweis erfolgen, so läßt solches doch einigen Zeitraum zu. Denn in einem Augenblicke ist nicht immer möglich, daß man z. B. Exceptionem compensationis erweisen kann. Wenn ich erweise, Titius ist mir z. B. eben so viel während der Zeit schuldig geworden, mithin ist Compensatio ipso Jure geschehen, so muß ich doch erweisen können, daß er mir sie schuldig geworden ist, das erfordert eine Frist, bis ich z. B. meine Instrumenta vorweisen kann. Wenn es nun Instrumenta Guarentigiata sind, so kann ich dadurch in Continenti beweisen, und mich also vom Ersatz befreyen. Man sagt sonst, in Continenti heisse so viel, als in der Beweisfrist, alsdenn gilt also, daß eine Handschrift unverzügliche Execution bewirke.

§. 8.

Nun ist noch von Apochis (Quittungen) zu handeln. Quittungen sind schriftliche Aufsätze, worinn der Creditor die Bezahlung der Schuld bekennt. Gleichwie nun ein Chirographum, worinn einer mutuum Contractum bekennt, gegen den Aussteller beweißt, und es überhaupt heißt, daß auch eine Privaturkunde gegen derselben Aussteller beweise, so beweißt auch eine Quittung gegen den Creditorem. Es kann aber ebenmäßig geschehen, daß ein Creditor eine

Quit-

Quittung giebt, und schriftlich bekennt, von dem Debitore das Geld empfangen zu haben, aber doch in der That nichts empfangen hat. In diesem Falle nun ergreift wieder Platz, was bey der zum voraus ausgestellten Handschrift statt findet, nämlich Exceptio non numeratae pecuniae. Und weil dann der Debitor die Quittung für sich, und der Creditor gegen sich hat, so muß dieser beweisen, der Schuldner habe noch nicht bezahlt. Ja, wenn er nicht innerhalb dreyßig Tagen die Quittung zurückfordert, so hat nach dreyßig Tagen gar keine Einrede mehr statt, sondern er muß sich gefallen lassen, daß sein Kapital verlohren geht. Hier ist die Frist viel kürzer, als beym Chirographo. Denn bey diesem hat man zwey Jahre, hier aber nur dreyßig Tage. Die Ursache, warum die Frist abgekürzt worden ist, kommt daher, weil die Gesetze allezeit eher jemand von der Verbindlichkeit befreyen, als dazu anhalten. Hier kommt es auf die Befreyung eines Debitoris von seiner Verbindlichkeit, dort aber auf eine Verbindlichkeit zum Ersatz des nicht Empfangenen an. Diese Fälle sind sehr verschieden, und ist der erste weit günstiger, als der letzte, und daher der Grund offenbar, warum die Zeit bis auf dreyßig Tage verkürzt worden ist. Diejenigen nun, welche dafür halten, daß nicht einmal bey dem Chirographo die zwey Jahre hätten angesetzt, sondern sogleich der Quittung ihre Beweiskraft gelassen werden sollen, verlangen es hier noch mehr. Struv sagt: post quorum lapsum non amplius quis admittitur, licet, sibi non esse solutam pecuniam, probare velit. Hier aber widerspricht er sich in der That, denn oben bey dem Chirographo sagt er, daß nach den zwey Jahren der Debitor noch gehört werden müsse, wenn er den Beweis übernehmen wolle. Was für ein andrer Grund aber tritt bey Quittungen ein? Es ist ja weiter kein Unterschied, als daß da dreyßig Tage zur Verjährung anberaumt sind, dort aber zwey Jahre, und kommt der ganze Erfolg von der Praescriptione und der Praesumtione Juris et de Jure her, daß nämlich, wenn der Creditor eine Quittung ausgestellt, und dreyßig Tage geschwiegen, und nicht auf die Bezahlung gedrungen hat, nach dreyßig Tagen schlechterdings vermuthet wird, daß er die Bezahlung erhalten habe. So schließt man ja auch bey dem Chirographo. Wenn man aber beym Chirographo setzt, daß der Debitor nach zwey Jahren zum Beweise gar nicht weiter zuzulassen ist, so stimmt alles auf das Beste zusammen. Binnen obgedachter Zeit muß demnach rechtsbehörig widersprochen, oder die Quittung Condictione Causa data, Causa non secuta, zurückverlangt werden, und hat nach dreyßig Tagen Condictio sine Causa, wie einige wollen, als eine Actio perpetua nicht statt, L. 14, §. 2. C. de non num. pecunia. Sonst ist noch zu bemerken, daß hier Exceptio non n. p. per modum replicationis entgegengehalten wird. Denn der Beklagte bringt die Einrede der Bezahlung vor, und beweißt

beweißt dieſe durch die Quittung, darauf replicirt der Kläger, das Geld nicht empfangen zu haben. Bey einer Apocha publica, Steuer-Schoß- oder Zollquittung aber hat beſagte Exceptio nicht ſtatt, weil der Fall, da die Quittung voraus und ohne vorhergehende Bezahlung verabfolgt wird, ſich kaum denken läßt. Man kann hiebey nachſchlagen Philippis Diſſert. de Querela non numeratae pecuniae contra Apocham. Lyncker de non numerata pecunia.

Drittes Buch.

Tit. XVII.

De Contractibus innominatis.

§. 1.

Die Contractus innominati werden den nominatis entgegengeſetzt. Ein jeder Contrakt aber erfordert ſeine Cauſam, alſo laſſen ſich durch die Cauſam jene Contrakte von dieſen nicht unterſcheiden. Daher entſteht die Frage, worein denn der Character diſtinctivus zu ſetzen iſt? Dieſer iſt nun in die Formam agendi zu ſetzen. Denn bey allen obigen Contractibus nominatis, z. B. der Emtione Venditione, Locatione Conductione, Mandato, hat man allemal eine Klage, die ihre gewiſſe Form hat, formulam agendi certam, die ſtund auch bey den Römern in Albo praetorio, daher allemal der Praetor wußte, worauf man klagte. Es gab aber noch andere Pacta, die ebenfalls häufig vorkamen, und alſo eine Beſtättigung nicht nöthig hatten, damit ſie eine Obligationem civilem producirten. Unterdeſſen gieng es wegen großer Verſchiedenheit der Geſchäfte, über welche man contrahirte, nicht an, daß man eine gewiſſe Formel vorſchreiben konnte, ſondern da mußte man darauf zu klagen erlauben, was abgeredet wurde, und wurde die Sache ſo vorgetragen, wie ſie verabredet war. Z. B. Titius hätte mit dem Nevius abgeredet, daß er ihm erlauben wolle, drey Wochen lang ſeinen Pferch auf ſeinem Acker zu laſſen, Nevius verſpricht reciproce, ihm auch wieder ſeinen Pferch auf drey Wochen lang zu laſſen, ſo iſt ſolches ein Contractus innominatus, und zwar Do ut des. Wenn alſo daraus zu klagen war, z. B. Titius überließ ſeinen Pferch drey Wochen lang dem Nevius, Nevius aber will ihm hernach den ſeinen nicht wieder überlaſſen, und es wäre alſo daraus zu klagen, ſo

müſte

müste die Sache so vorgetragen werden, wie sie verabredet worden ist. Da hätte die Klage keine gewisse Form, wie bey der Emtione Venditione, oder wenn sie ex Locatione Conductione angestellet wird. Daher heißt nun dieser Contractus innominatus. Vermöge dessen sind also die Contractus innominati nichts anders, als zweyseitige oder für beyde Theile verbindliche und von einem derselben schon erfüllte Verträge. Denn man hat nichts als Pacta und Contractus. Nachdem denn alle bisher erzählte Contractus eingerichtet worden sind, so haben sich noch viele andere Pacta b lateralia, da nämlich von beyden Seiten eine Praestatio erfordert wurde, gefunden, dabey dieses vorgieng, daß dieselben zwar einerseits erfüllt wurden, der andere Theil hingegen seiner Verbindlichkeit kein Genügen thun wollte. Daher wurden auch diese Pacta als verbindlich angesehen, und in Ansehung der Wirkung den Contrakten gleich gehalten. Man konnte sie auch selbst dadurch von bloßen Traktaten unterscheiden, daß sie von einer Seite erfüllt waren. Titius verspricht dem Mevius 50 Rthlr. zu geben, wenn er seinen Knecht freylassen wird, Mevius verspricht es auch, und Titius giebt ihm die 50 Rthlr., jener aber will den Knecht doch nicht freylassen, so ist unter ihnen ein Contractus innominatus errichtet, doch fehlte ein Name. Dieser Contractus innominatus ist nichts anders, als ein Pactum bilaterale ab una parte impletum, denn er soll den Titius und Mevius verbinden. Auch wird dieses Pactum bilaterale zu einem Contrakt, wenn es von einer Seite erfüllt worden ist, z. B. es ist von dem Titius dadurch erfüllt worden, daß er die 50 Rthlr. entrichtet hat. Woraus leicht abzunehmen ist, warum die Römer diese Pacta bestättiget haben, nemlich, weil derjenige Theil zu Schaden kommen würde, welcher von seiner Seite den Contractum erfüllt hat, wenn ihn der andere nicht auch seiner Seits erfüllen sollte. Solchemnach haben die Contractus innominati ihren Namen nicht sowohl von der ihnen mangelnden eignen Benennung (nomine), als von der Formel, weil keine gewisse Formel, daraus zu klagen, vorgeschrieben war. Z. B. zwischen einem Gelehrten, der Bücher schreibt, und seinem Verleger ist Contractus Do ut Facias, hingegen bey Bedingung des Tagelohns Locatio Conductio. Es ist bey diesen Contractibus insonderheit zu merken, daß, so lange von einem Theile der Contrakt nicht erfüllt worden ist, er für geschlossen und gültig nicht gehalten werden kann, denn so lange es einem Pacto an einer Causa fehlt, so lange ist es kein Contractus perfectus. Nun besteht aber bey einem Contractu innominato die Causa in der Erfüllung des Vertrags von einem Theile. So lange also diese Erfüllung nicht erfolgt, so lange ist auch der Contractus nicht perfectus. So bald aber von einem Theile die Erfüllung erfolgt ist, so bald ist der Contractus perfectus. Daraus aber entsteht die Actio, daß man nämlich auf die Erfüllung des Contrakts von der andern Seite,

und zwar mit derjenigen Klage, die wir Actionem praescriptis verbis nennen werden, klagen kann. Es hängt hievon gar vieles ab, denn es kommt gar viel auf die Reue an. So lange ein Contractus noch nicht geschlossen ist, findet Reue statt, so bald er aber geschlossen ist, fällt dieselbe weg. Ich und Javolenus kommen z. B. überein, er wolle mir sein Pferd geben, und ich ihm meines, und noch 20 Rthlr. dazu. So lange die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, so ist auch einer dem andern nicht verbunden, das Pactum zu halten. Man kann hiebey conferiren Heinrich Hahns Dissert. de Contractibus innominatis. Daniel Clasenii Dissert. de Contractibus innominatis.

§. 2.

Struv führt zum Grunde an, warum einige Negotia den Contractibus nominatis nicht haben beygezählt werden können, weil sie ungewiß oder zweifelhaft seyen, setzt also ihren Grund in der allzugroßen Verschiedenheit solcher Geschäfte (negotiorum civilium), worunter alles, was zum Handel und Wandel oder Commercio gehört, zu verstehen ist. Es sind aber die Facta, wozu man sich bey Contractibus innominatis obligirt, sehr verschieden, und die Sachen, die man zu geben sich verbindlich macht, sind auch sehr verschieden, so, daß man keine gewisse Form hat vorschreiben können. Unterdessen kommt bey allen Contractibus innominatis es auf Dationem und Factum an, daß man etwas thun oder etwas geben soll. Daher sind nun 4 Simplices Contractus innominati entstanden, nachdem man nämlich Dationem und Factum hat verbinden können. Da sind also die Contractus innominati simplices der Contractus, Do, ut des, Do, ut facias, facio, ut des, facio, ut facias. Es giebt aber auch zusammengesetzte, denn man kann noch viel mehrere Combinationes machen. So vielerley Combinationes aber möglich sind, so vielerley sind Contractus innominati. Ich kann ja auch die Dationem und Factum combiniren: Do et Facio, ut des, vel ut facias, hernach auch Do et Facio, ut des et facias. Dann theilen die Doctores die Contractus innominatos auch in regulares et irregulares ein, und nennen *irregulares* diejenigen, welche den Contractibus nominatis nahe kommen, hingegen die übrigen jetztbesagten nennen sie Contractus regulares. So nennt Lauterbach den Contractum aestimatorium einen Contractum innominatum irregularem, weil er nämlich dem Kauf sehr nahe kommt, daher auch einige den Contractum aestimatorium für einen Kauf, dem ein Nebenvertrag angehängt ist, halten.

§. 3.

Contractus aestimatorius ist derjenige Vertrag, da einem eine gewisse

Sache mit dem dafür zu verlangenden Preis unter der Bedingung zum Verkauf übergeben wird, daß er entweder den Werth, oder aber die Sache selbst unversehrt zurück erstatte. Ich gebe z. B. einem Juden eine Schnur Perlen und schätze sie auf 600 Rthlr., hänge die Bedingung an, daß er sie soll verkaufen können, aber nicht wohlfeiler, als für 600 Rthlr. Wenn er die dafür nicht schaffen könne, soll er mir lieber die Schnur Perlen wieder geben, hingegen könne er mehr damit gewinnen, so sey das übrige sein, das heißt Contractus aestimatorius oder Trödelcontrakt, wie denn auch die Weiber, welche dergleichen Contrakt einzugehen pflegen, Trödelweiber genennt werden. Die Sachen, welche bey diesem Vertrage vorkommen, sind z. B. alte Kleider, und sonst alte Geräthschaften. Da sind nun freylich die Doctores sehr uneinig, wohin man diesen Contrakt rechnen solle. Einige meynen, es sey gar kein besonderer Contractus, sondern ein purer Kauf, dabey aber nur ein Nebenvertrag angehängt sey, daß die Sache allenfalls wieder restituirt werden soll. Dieser Meynung ist Westenberg, auch Titius. Man hat aber doch eine eigene Klage, welche Actio aestimatoria heißt. Diese eigene Klage giebt zu erkennen, daß es auch einen eigenen Contractum aestimatorium giebt, denn sonst, wenn es eine Emtio Venditio wäre, müste ich auch daraus Actione Emti Venditi, nicht Actione aestimatoria klagen, und doch ist der Titul III. Libr. XIX in Pandectis de aestimatoria, nempe Actione bekannt, und es heißt doch keine Actio aestimatoria, als diejenige, welche ex Contractu aestimatorio entspringt. Ist nun richtig, daß es keine Emtio Venditio ist, auch keine Gesellschaft, denn es ist kein Lucrum commune, das wir in der Absicht haben und mit einander theilen wollen, auch keine Locatio Conductio, da diese einen gewissen Lohn voraussetzt, der hier auch fehlt, so ist auch nicht zu zweifeln, daß es ein eigener Contrakt ist. Es ist viel daran gelegen, daß man weiß, ob es eine Locatio Conductio oder ein eigener Vertrag ist, welches eben Böhmern Gelegenheit gegeben, eine ganze Dissertation von dem Contractu aestimatorio zu schreiben, und auszuführen, daß in diesem Contrakt das Dominium, mithin auch die Gefahr, auf den andern übertragen werde. Der Fall, der ihn veranlaßt hat, diese Disputation zu schreiben, ist bey der juristischen Facultät zu Halle vorgekommen, da nämlich einer einer Trödelfrau zu Nürnberg Sachen zu verkaufen gab, die solche versetzte, mithin der Herr dieser Sachen sich an die Leute halten, und das Seinige zurückfordern wollen, nach dem bekannten Axiomate Juris: Vbi rem meam invenio, ibi eandem vindico. Da kam es darauf an, ob der Contractus aestimatorius das Dominium transferire oder nicht. Nun sprachen die Nürnberger, daß allda gebräuchlich wäre, daß dergleichen Trödelweiber ihre Mühe bezahlt bekämen, und sprachen demnach darauf, daß der vorige

Herr noch sein Dominium hätte, und also die Sache vindiciren könnte. Die Sache kam an die Kammer, allwo auch darauf gesprochen worden ist, daß der Eigenthümer selbst noch berechtiget sey, seine Sache zu vindiciren. Böhmer hingegen schrieb das Responsum und die Disputation zugleich, daß durch den Contractum aestimatorium auf die Trödelfrau das Dominium wäre gebracht worden, und also der vorige Herr Rei Vindicationem nicht mehr haben könnte. Die Nürnberger haben recht gesprochen, bey der Kammer haben sie auch Beyfall gefunden, wie es den Rechten gemäß ist. Böhmer aber hat auch Recht. Der Ausspruch zu Nürnberg und die Kammerurthel setzen voraus, daß es eine Locatio Conductio gewesen ist. Die Locatio Conductio aber ist kein Contractus Dominii translativus, also ist bey demjenigen, der der Trödelfrau die Sache gegeben, das Dominium geblieben, folglich hat er auch noch, als sie die Sache versetzte, Rei Vindicationem anstellen können. Wenn es hingegen keine Locatio Conductio, und der Frau nichts wäre für ihre Mühe gegeben worden, sondern wenn sie ja etwas hätte dafür bekommen wollen, sie hätte trachten müssen, daß sie es theurer ausbrächte, als es ihr angeschlagen gewesen, so wäre der Contractus nichts anders, als Contractus aestimatorius zu nennen. Es ist ein wirklicher Vertrag, es fehlt aber eine Formula Actionis, darum mußte man eine neue Formel erfinden.

§. 4.

Die Klage aus diesem Vertrage nennet man Actionem praescriptis Verbis, denn es ist ein besonderer Contractus innominatus. Aus allen Contractibus innominatis aber entspringt Actio praescriptis Verbis, also auch aus diesem Vertrag. Das setzt aber freylich voraus, daß er ein Contractus innominatus sey. Dieses läßt sich so beweisen, daß er sich zu keiner Art der Contractuum nominatorum bringen läßt, denn so muß er ein Contractus innominatus seyn. Weil er doch aber einen Namen in Rechten erhalten; und Contractus aestimatorius heißt, so ist es auch geschehen, daß die Actio praescriptis Verbis in diesem Falle insbesondere auch einen besondern Namen erhalten hat, und Actio aestimatoria heißt. Deswegen aber muß man nicht meynen, also ist es kein Contractus innominatus, weil er eine Klage gleichen Namens bewirkt. Es kann eine Klage einen gewissen Namen haben, wie auch Actio praescriptis Verbis, deswegen aber ist doch für sie keine gewisse Formula agendi vorgeschrieben. Es sind keine gewisse Worte, die man bey der Klage sprechen oder gebrauchen müssen. Und eben dieses, daß keine eigene Formel hier da war, zeigt an, daß es ein neuer Contrakt ist. Denn die Klagformel muste aus dem Albo Praetoris

toris genommen werden. Bey einem Contractu innominato aber schrieben die Rechtsgelehrten vor, daher hieß sie Actio praescriptis Verbis.

§. 5.

Tausch (Permutatio) ist derjenige Contrakt, worinn ein Theil dem andern eine gewisse Sache ausser Geld gegen eine andere zu geben verspricht. Dadurch unterscheidet sich dieser Contractus permutationis von dem Contractu Locationis Conductionis. Denn da wird für den Gebrauch einer Sache nicht der Gebrauch einer andern eingeräumt, sondern ein gewisser Lohn geleistet, ingleichem vom Verkauf, denn da wird nicht eine gewisse Sache gegen eine andere, sondern insbesondere ein bestimmter Werth in baarem Gelde gegeben. Solchemnach ist hier klar, daß erstlich in Ansehung des Gegenstands ein großer Unterschied ist. Aber auch, was die persönlichen Dienste oder Arbeiten anbetrift, so ist hier ein großer Unterschied, denn wenn auch etliche gegen einander etwas thun, so werden die Operae hier nicht betrachtet, in so weit sie einen bestimmten Werth haben, sondern blos als ehrliche Verrichtungen. Daher auch hier die freyen Künste in Betracht kommen können, gesetzt, daß man Facta gegen einander prästirt, in welchem Falle jedoch der Contrakt in einen andern abartet, nämlich in Contractum, facio, ut facias, oder facio, ut des, wie solches auch Struv §. 7 anführt. Denn es ist eine große Aehnlichkeit in Ansehung des Tausches und des Contrakts, facio, ut des, vel facio, ut facias. Wenn zwey Wettende einem Dritten jeder einen Ring unter der Bedingung in Verwahr geben, daß er solche dem, der gewinnt, ausliefern solle, so halten einige dafür, daß es ein Contractus, do ut des, und kein Tausch sey. Allein es ist vielmehr ein Contractus, do, ut facias. Uebrigens ist nicht zu läugnen, daß einige einen Unterschied inter Contractum, Do, ut des, und zwischen dem Tausche machen. Allein es ist doch weiter kein andrer, wenn man auch auf diese Spitzfindigkeiten Acht haben will, als wie inter Genus et Speciem, oder der Contractus, Do ut des, erstreckt sich weiter, als der Tausch. Es ist Permutatio eine Species des Contractus, do ut des, wenn man annehmen will, daß Permutatio in specie heissen soll, wenn man Sachen von gleicher Art gegen die giebt, welche man erhalten hat. Hier geschieht eine wechselsweise Uebergabe seiner Sache. Wenn ich aber einem etwas gebe, daß er mir wieder etwas geben soll, so leidet es einen Unterschied. Denn ich kann fordern, daß er mir entweder von eben der Art, oder von anderer Art etwas geben solle. Wenn ich einem ein Pferd gebe, kann ich es ihm entweder dergestalt geben, daß er mir wieder ein andres Pferd, oder z. B. eine Uhr dafür geben soll. Wenn nun etwas von gleicher Art gegen das, was gegeben worden ist, gegeben werden soll, so nennen das die Doctores einen

eigentlichen Tausch, und sagen daher, daß der Tausch über Sachen gleicher Art geschehe, wo hingegen Do, ut des, ein Contractus sey, wo Sachen verschiedner Art gegen einander übertragen werden. Es kommt aber nur darauf an, wie man es nennen will. Man kann überhaupt sagen, der Contractus Do, ut des, heisse Tausch, oder man kann sagen, der Contractus permutationis soll eine Species vom Contractu Do, ut des, seyn, wenn man nämlich sagt, der Contractus Do, ut des, sey derjenige, vermöge dessen eine andere Sache gegen die, welche man überträgt, hinwieder transferirt werden solle, sie mag von gleicher oder von verschiedner Art seyn, nur daß sie zu keinem gewissen Contractu nominato gerechnet werden kann. Z. B. wenn ich einem einen Ducaten zu verwechseln gebe, so ist es Contractus Do, ut des. Ich habe abgesetztes Geld, dafür soll mir einer eine Handvoll andres geben. Ueberhaupt kann man dieses wohl auch einen Tausch nennen.

§. 6.

Hieher gehört Contractus Cambii oder der Wechsel, denn er ist eine Art eines Tausches. Das gilt aber nur von trassirten Wechseln, nicht aber von eigenen Wechseln, Cambium enim est vel *proprium*, vel *alienum*. Der eigene Wechsel, *Cambio ficco*, ist nichts anders, als ein Anlehen, worüber eine Verschreibung mit der Clausula executiva welche persönlichen Verhaft bewirkt, ausgestellt worden ist, damit man desto geschwinder wieder zu dem Seinigen gelangen könne. Mutuum aber und Permutatio sind von einander verschieden. Daher auch hier nur zwey Personen vorkommen, Creditor und Debitor. Es kommen aber auch Wechsel über Forderungen aus andern Contrakten, z. B. Kauf, Miethe vor. Die trassirten Wechsel aber, oder wie sie auch heissen, negotiirte oder Kaufmannswechsel, sind eine Art des Tausches, denn ein trassirter Wechsel heißt derjenige Contrakt, kraft dessen für das Geld, das an einem Orte bezahlt worden, ein andres von eben der Summe und Art an einem andern Orte bezahlt werden soll. Da ist also eine Permutatio, weil gegen das Geld, so ich dem Mevius bezahle, ich, oder ein andrer auf meine Ordre, Geld an einem andern Orte erhalte. Es sind diese Wechsel in Italien und insonderheit zu Venedig und Florenz entstanden, weil ehemals in Italien der gröste Handel gewesen ist. Es bestättigen solches die Termini, welche meistentheils aus dem Italiänischen hergenommen sind. In Teutschland sollen sie, wie Zippel dafür hält, durch die Juden aufgekommen seyn. Unterdessen behaupten andere, daß sie blos nach und nach in Teutschland aufgekommen, ohne daß man wisse, wie sie hingekommen seyen. Was nun die Personen anbetrift, welche bey dergleichen trassirten Wechseln vorkommen, so sind es viere, die auch

ihre besondre Namen erhalten haben, die erste heißt *Trassans*, die zweyte *Remittens*, die dritte *Praesentans*, die vierte *Acceptans*. Trassans heißt derjenige, welcher den Wechsel ausstellt, und das Geld an einem Orte empfängt. Hingegen Remittens heißt derjenige, welcher das Geld an einem Orte bezahlt, und den Wechsel darauf annimmt, um ihn an einen andern Ort zu remittiren, woher er eben Remittens heißt. Hingegen Acceptans heißt derjenige, welcher das Geld, so der Remittens bezahlt hat, an einen andern Ort wieder bezahlt. Letztlich heißt Praesentans derjenige, welcher das Geld von dem Acceptante empfängt, nachdem er ihm nämlich den Wechsel, den er von dem Remittente erhalten hat, präsentirt, daher er auch Praesentans genannt wird, Innhaber des Wechsels, gleichwie der Remittens auf teutsch Herr des Wechsels heißt. Bisweilen stellt auch eine von diesen vier Personen zwey vor. Z. B. ein Edelmann reiset über Augsburg nach Italien. Einen Wechsel will er in Venedig, den andern in Florenz, den dritten in Rom bezahlt haben. Er giebt also dem Kaufmanne in Augspurg das Geld, da ist er Remittens. Er nimmt die Wechselbriefe an, und präsentirt solche den Kaufleuten in Venedig, Florenz und Rom zur Zahlung, da ist er Praesentans. Sonst setze man, Nevius habe einen Sohn zu Leipzig, dem er gerne 2000 Rthlr. übermachen möchte, er hat aber keine Correspondenz nach Leipzig, so geht er zu einem Kaufmanne, der Correspondenz dahin hat, und fragt ihn, ob er ihm die 2000 Rthlr. an seinen Sohn nach Leipzig übermachen könne, dieser übernimmt es, so heißt der Kaufmann Trassans, dem das Geld, so an den Sohn nach Leipzig kommen soll, gehört. Darauf nun stellt er eine Handschrift von sich, wie nämlich auf diesen seinen Wechsel der Kaufmann in Leipzig an den Nevius oder dessen Ordre bezahlen soll die Summe von 2000 Rthlrn. Ordre bedeutet so viel: wenn Cajus die Zahlung selber nicht empfangen wollte, er einem andern es auftragen könne, heißt auch Commiss. Dieses Chirographum bekommt dann der Remittens Nevius, dessen Sohn in Leipzig studiret, der empfängt dieses Chirographum von dem Trassante, und remittirt es dann an seinen Sohn nach Leipzig. Dieser Sohn in Leipzig nun heißt Praesentans, denn er muß diese Verschreibung dem Kaufmann in Leipzig, welcher die 2000 Rthlr. an ihn auszahlen soll, präsentiren, und der Kaufmann in Leipzig, der an den Studenten die 2000 Rthlr. auszahlen soll, heißt Acceptans, oder Trassat. Bezahlt er den Wechselbrief nicht, so bleibt er, wie vor, Trassatus. Es kommt hiebey auch das Wort nach Sicht vor, z. B. vierzehen Tage nach Sicht beliebe der Herr für diesen meinen Prima Wechselbrief zu zahlen an den Herrn Cajus, oder Ordre, Rthlr. 1000 a $\frac{2}{3}$, valuta von Herrn Cajus empfangen. Der Herr leiste gute Zahlung, und stells es a Conto laut Aviso. Da denn nach Sicht so viel ist, als vierzehen Tage

hernach,

hernach, wenn er den Wechselbrief zu sehen bekommen. Bisweilen aber wird auch nur ein Tag nach Sicht gesetzt. Das ist das ganze Geschäft, woraus man sieht, daß es ein zusammengesetztes Geschäft und kein bloßer Contractus innominatus ist. Zwischen dem Remittente und Trassante ist nur ein Contractus innominatus, und zwar Do, ut des, oder vielmehr Do, ut facias, ut nempe trasses. Hingegen zwischen dem Trassanten und dem Trassaten ist ein Contractus Mandati, denn ex Mandato Trassantis bezahlt der Trassat oder Acceptans, darum ist er auch nicht eher verbunden, als bis er ihn acceptirt hat, alsdann ist er ex Mandato zu bezahlen obligirt. Jedoch sind auch Avis- oder Benachrichtigungsbriefe gebräuchlich. Es ist nämlich unter den Kaufleuten gewöhnlich, daß, wenn man auf einen Wechselbriefe gezogen hat, man ihn vierzehen Tage vorher avisirt, daß er einen Wechselbrief werde präsentirt bekommen, damit er sich mit der Zahlung desto besser bereit halten könne. Folgendes ist die Formel: Hochgeehrter Herr, per Advis dienet demselben die heute dato an M. Herrn gezogenen Rthlr. 300 a $\frac{2}{3}$ St. an den Nevius zu bezahlen. Ich ersuche meinen Brief mit guter und promter Zahlung zu honoriren, weil mir viel daran gelegen, und mir a Conto zu stellen. Ich honorire hinwieder dessen Briefe mit bereitester Zahlung, und verharre, ꝛc. Bisweilen dringt der Remittens darauf, daß ihm Trassans drey Wechselbriefe ausstelle, weil, wenn der eine verlohren geht, er sich an den andern halten könne. Ist aber der erste bezahlt, so gelten die andern beyden nicht mehr, daher wird im zweyten Wechselbrief diese Formel eingerückt: Auf diesen meinen secunda Wechselbrief, dafern prima nicht bereits bezahlet ist, beliebe der Herr zu zahlen, ꝛc. so auch im dritten. Wenn er nun den Wechsel nicht bezahlen wollte, so muß sodann der Praesentans protestiren, d. i. von einem Notar vor Zeugen ein Instrumentum darüber errichten lassen, und sodann mit dem Protest den Wechsel an den Trassanten zurückschicken, da dann gleich executive gegen den Trassanten verfahren werden kann, nicht nur das Geld, so ihm bezahlt worden, wieder herauszugeben, sondern auch den Schaden zu ersetzen. Denn es kann einem ein großer Schade dadurch zugefügt werden, daß er an dem bestimmten Ort und auf die bestimmte Zeit den Wechsel nicht erhalten hat. Es kann aber auch seyn, daß der Trassat den Wechsel annimmt, hingegen aber nicht bezahlt, so muß auf eben die Weise wieder von dem Praesentante, wie vorhin, protestirt, und der Wechsel an den Trassantem remittirt werden. Denn sonst, wenn etwa der Trassat indessen ganthmäßig worden seyn sollte, und es hätte der Praesentans nicht protestirt, so darf jener nichts wieder herausgeben, indem, wenn er bey Zeiten davon avisirt worden wäre, er etwa einen Arrest hätte anlegen lassen können. Mithin rührt der Schade a Culpa des Praelentantis her, weil ja zu der Zeit der Trassat viel

leichter

leichter noch hätte solvendo seyn können. An vielen Orten sind solche Instrumenta protestationis gedruckt, wobey Raum gelassen ist, daß des Trassanten und Remittenten Namen hinein geschrieben werden können. Sind aber an einem Orte dergleichen gedruckte Exemplare nicht vorhanden, so müssen sie schriftlich vom Notarius zu Papier gebracht werden, welcher denn hineinsetzt, er wolle im Namen seines Principalen wider allen deshalb leidenden Schaden und Unkosten sich verwahrt haben. Nicht der Präsentant, sondern der Remittent klagt gegen den Trassanten. Denn dieser hat nur mit dem Remittenten, nicht aber mit dem Präsentanten zu thun. Dieses alles setzt voraus, daß der Trassant des Werths vergnügt worden, so er auch in dem Wechsel durch das Wort Valuta, von demselben bin ich vergnügt, auszudrücken pflegt. Es behaupten aber gar viele, daß, wenn auch das Wort nicht darinnen steht, der Wechsel doch obligire, denn es habe sich es der Trassant selbst beyzumessen, wenn er einen Wechsel ausstellt, ohne daß er des Werths vergnügt, den er dem andern an einem Orte durch seinen Correspondenten ausbezahlen zu lassen verspricht. Es geht nun auf verschiedene Weise an, wie man den Trassaten, in Ansehung des Geldes, das er ausbezahlt hat, befriedigen kann. Wenn in der Wechselordnung die Ausdrückung der Valuta als ein wesentlicher Theil des Wechselbriefes erfordert wird, so kann man ohne ausgedrückte Valuta auf Wechselrecht, d. i. auf Execution und persönlichen Verhaft nicht klagen, weil ein wesentliches Stück fehlt, und die Ausrede des nicht bezahlten Geldes statt hat. Man gebrauche hiebey Joh. Heinr. Bergers Disp. de Exceptione non numeratae pecuniae contra Cambium. Hat der Trassant eine Anforderung an ihn, so kann er sagen, er soll es abrechnen, und darum heißt es auch in den Wechselbriefen: laut Conto, nämlich, er soll es mit auf die Rechnung bringen, so viel er bey ihm stehen hat. Wenn sie beyde aber nicht unter einander verkehren, so muß noch dazu gesetzt werden: laut Aviso, das setzt voraus, daß der Trassant keine Anforderung an den Trassaten hat, mithin muß er ihm sonst zeigen, wie er wieder zu seinem Geld kommen soll. Diese Nachricht erhält nun der Trassat durch den Avisbrief. Daher kann in dem Fall der Trassat einen Avisbrief fordern, daß er daraus ersehen kann, wie er wieder zu seinem Gelde kommen soll, und in was für einer Art Geld es ihm auch erlegt werde, damit er keinen Schaden habe. Es kann aber auch freylich einer ohne einen solchen Avisbrief einen Wechsel auszahlen oder acceptiren, das steht bey ihm. Er darf ihn aber nicht acceptiren in dem Falle, wo kein Avisbrief dabey ist. Welches alles eingeführt ist, um die Handlung dadurch zu befördern, denn so kann man viel Geld bey sich führen, und man wird doch nicht auf Reisen beschwert. Man hat auch keine Gefahr, als wie wenn man z. B. 2000 Rthlr. bey sich trägt, die kann man nicht so

leicht verwahren, als wie ein Stückchen Papier. Und hat auch eben wieder zur Beförderung des Handels ein solcher Wechsel paratissimam Executionem erhalten, damit keine Exceptio non numeratae pecuniae et causae debendi dagegen statt finde. Wodurch sich das Cambium von einem bloßen Chirographo unterscheidet, obgleich der Wechsel eigentlich ad Contractum Chirographarium gehört. Hätten die Chirographa auch schleunige Hülfsleistung, so würde keine Exceptio non numeratae pecuniae, noch Causae debendi dagegen gelten, und hätte man das ganze Wechselrecht nicht nöthig gehabt. Aus den Wechselbriefen entsteht die Wechselklage, welche gegen den Aussteller desselben, wenn es ein eigener Wechsel, gegen den Acceptanten aber, wenn es ein Kaufmannswechsel ist, zusteht. Will der Dritte den Wechsel nicht acceptiren, so steht nach der vor Notar und Zeugen eingelegten Protestation dieselbe dem Remittenten gegen den Trassanten dahin zu, daß er die im Wechsel enthaltene Summe mit den Interessen bezahle. Gleiche Wirkung haben auch Schuldverschreibungen, in welchen die Bezahlung nach Wechselrecht versprochen worden ist. Etwas besonderes ist noch bey dieser Klage, daß der Schuldner persönlich erscheinen, und entweder nach anerkannter Schuld sogleich bezahlen, oder aber bis zur Bezahlung in Arrest wandern muß, auch seine Ausreden von mehrerm Belang und Appellation nicht statt finden. Vom Wechselrecht und dem Wechselprocesse in specie hat Ludovici in teutscher Sprache sehr wohl geschrieben, welcher Proceß bey seinen Processen überhaupt zu finden. Auch hat D. Franck Institutiones Juris Cambialis herausgegeben, welche sehr wohl gerathen, nicht weniger Dr. Zipfel in Leipzig, ja es wird nicht leicht ein Fall vorkommen, der ins Wechselrecht hineinlauft, den man nicht bey dem letztern findet. Siegels Einleitung zum Wechselrecht und sein vorsichtiger Wechselgläubiger sind zwey sehr gute Bücher.

§. 7.

Contractus, Do, ut facias, ist derjenige, kraft dessen verabredet wird, daß gegen eine gewisse Sache der andere etwas thun soll. Ich rede z. B. mit dem Sempronius ab, daß er mir mein Haus anstreichen soll, ich wolle ihm dagegen ein altes Kleid geben, so ist der Contractus, Do, ut facias, denn es ist keine Locatio Conductio, er verspricht mir zwar seine Dienste, aber nicht allein nicht für einen bestimmten Lohn, sondern für eine gewisse Sache. Gleichergestalt ist es Contractus, Do, ut facias, wenn ich sage: ich gebe dir Rocken, daß du mir andern ausdreschst. Ich kann aber auch sagen: Do, ut non facias. Ich gebe dir 25 Rthlr., wenn du den vorgehabten Kauf nicht eingehest.

§. 8.

§. 8.

Bey der Locatione Conductione Operarum werden Operae, die einen gewissen Werth haben, erfordert, hier aber können auch Operae, die keine gewisse Schatzung haben, vorkommen. Wenn ich z. B. mit einem übereinkomme, daß ich ihm ein Collegium privatissimum für so und so viel halten will, so wird meine Arbeit in Rechten für unschätzbar gehalten. Verspricht mir der andere aber etwas dagegen, so haben wir den Contractum, Do, ut facias. Hingegen, wenn man meine Dienste als anschlagbar annimmt, und zur Vergeltung derselben wird mir Geld gegeben, so kommt gleich Locatio Conductio heraus. Da muß auch sogleich von Anfang der Lohn verabredet werden, sonst, wenn auch baar Geld versprochen, die Quantitas aber nicht gleich Anfangs bestimmt wird, so kommt gleich wieder ein Contractus innominatus heraus.

§. 9.

Suffragium heißt derjenige Contrakt, den man mit einem dahin errichtet, daß er sich eines seiner Sache, bey der es viel auf des Dritten, z. B. des Fürsten Gunst ankömmt, annehmen möge, um selbige dadurch zu erlangen, weshalben dieser Contrakt so viel als Empfehlung heißt. Erlangt man seinen Wunsch, so entsteht eine Verbindlichkeit vermöge des L. un. C. de Suffrag., welcher Vertrag noch durch Nov. 8. c. 1. et Nov. 161 erlaubt ist, wenn nur das Versprechen eines Grundstücks schriftlich geschehen ist. Johann Otto Tabor hat de Suffragio geschrieben. Es kann derselbe gar leicht in Crimen repetundarum oder auch ins Crimen Simoniae verfallen. Daher ist es weiter nicht erlaubt, als in so weit eine solche Empfehlung, ohne daß der andere seine Amtspflicht dadurch feil macht, geschehen kann. Denn das geht nicht an, daß ich z. B. einen Minister besteche, daß er bey dem Fürsten auswirke, daß in meiner Rechtssache für mich gesprochen werden möchte. Es verfiele solches ins Crimen repetundarum. So kann ich auch keinem etwas geben, daß er mir zu einem geistlichen Amte verhelfen möge, das würde ein Crimen Simoniae werden.

§. 10.

Assecuratio heißt derjenige Contrakt, vermöge dessen einem der andere einen gewissen Gewinn verspricht, wenn er ihm seine Sache sicher an einen andern Ort hinbringen werde. Dieser Gewinn heißt foenus nauticum. Man sieht aber sogleich, daß dieses vel proprie sic dictum, vel quasi nauticum ist, und dieses dasjenige heiße, welches entrichtet wird von Geld, welches zu Land durch gefährliche Orte geschicket wird, z. B. wenn Krieg daselbst ist. Der-

jenige, der dem andern verspricht, seine Sache sicher oder ohne Schaden an einen Ort hinzubringen, der heißt Assecurator. Es hat einer z. B. ein Schiff, das er von Hamburg nach Ostindien gehen läßt. Die Fracht beläuft sich gar hoch, wohl auf ein paarmal hunderttausend Rthlr., so, daß wenn die Fracht verlohren geht, er ganthmäßig ist. Nun kommt Mevius, und will ihn versichern, daß sein Schiff sicher nach Ostindien kommen solle, dergestalt, daß, wenn es auch zu Grunde gehen sollte, er den Schaden mit übernehmen und etwa die Halfte oder ein Viertel, nachdem sie nun mit einander eins werden können, übernehmen will, dagegen aber, wenn das Schiff glücklich nach Ostindien kommt, soll er gehalten seyn, 20 bis 30 pro Cento für das Risico zu bezahlen, so heißt es Assecuratio. Wie nun die Assecuratio bey der Hinreise angeht, so geht sie auch wieder bey der Herreise an. Da ist denn auf beyden Seiten ein Hazard. Es ist also ein Contractus Aleae, wodurch einer leicht etwas gewinnen, aber auch leicht etwas verlieren kann. Nun ist überhaupt bekannt, daß bey den Contractibus Aleae nichts unbilliges vorgeht, wenn nur auf beyden Seiten Furcht des Verlusts und Hoffnung des Gewinnsts für beyde gleich groß vorhanden ist. Um aber das Handlungswesen dadurch zu befördern, ist die Assecuration ganz uneingeschränkt, und können die Parthien mit einander nach Willkühr sich verstehen. Es kann einer 20, 30 bis 40 pro Cento fordern. Man findet daher in großen Orten Leute, die blos vom Assecuriren leben, und ist es also ein sehr nützlicher Contrakt, durch welchen, gleichwie auch durch den Wechsel das Commercium sehr befördert worden ist. Von Assecurationen hat Werlhof geschrieben, dessen Sachen überhaupt wohl zu lesen sind. Stypmann hat auch in seinem Tractatu de Jure maritimo davon gehandelt. Es ist demnach die Assecuranz überhaupt derjenige Contrakt, da jemand die Gefahr einer gewissen Sache für eine bestimmte Belohnung übernimmt. Wenn ein Kaufmann einem Schiffmanne Ladung giebt, so muß er in Furcht stehen, sie gehe zu Grunde, darum fragt er andere Leute, ob sie assecuriren wollen, er wolle ihnen vom 1C00 6 pro Cent geben. Ja, man ist an die Vsuras centesimas nicht gebunden, und kommt es nur darauf an, weil die Gefahr auf den Gläubiger fällt, durch was für gefährliche Orte das Geld kommen muß. Solchemnach kann foenus nauticum, nach Verhältnis der Gefahr vel quasi, steigen. Das darüber verfertigte Instrument heißt die Police oder Pollice, dessen Formel anzutreffen ist bey Stypmann c. l. Noch besser handelt davon Claproth in Jurisprudentia heurematica P. II., wo auch gute Formeln vorkommen. In Handelsstädten hat man gedruckte Policen, worinn alles ausgedrückt ist, wofür man stehen muß. Für Verfahr des Zolles und darauf folgende Einziehung der Güter wird niemals gutgestanden. Wenn ein ganzes Schiff zu assecuriren ist, so treten

mehrere

mehrere zusammen, und unterschreiben die Police, wie viel ein jeder über sich nimmt. Ausführlich hat hievon geschrieben Gert de Assecuratione. Es ist ein Contractus Do, ut facias.

§. 11.

Die Gestattung der Salzwerke (Concessio Salinarum) wird auch den Contractibus innominatis beygezählet. Allein Hallenses in ihren Consiliis Hallensibus rechnen dieselbe vielmehr ad Emphyteusin. Es wird auch, wie bey der Emphyteusi, ein Canon dafür abgegeben, der Salinarius heißt. Hofmann in der Beschreibung des Salzwerks zu Halle handelt hievon ausführlich. Ehemals ist ein Tausch bey diesen Salzquellen vorgegangen, als man nämlich noch nicht Geld in Teutschland hatte, und also damals der Tausch überhaupt noch häufig vorkam. Da hat man also auch für Salz andere Waaren bekommen. Nachdem man aber das Salz gegen Geld hat ausbringen können, so hat dieser Tausch aufgehört. Einige zählen auch die Verpachtungen oder Admodiationen, wovon Tabor geschrieben, und Contractus socidae, wovon eben derselbe eine Abhandlung ans Licht gestellt, zu den Contractibus innominatis, allein sie gehören vielmehr zum Miethvertrag. So ist es auch mit der Bodmerey, die ein Contractus mutui ist. Der Schiffer nimmt auf sein Schiff 1000 Rthlr., kömmt das Schiff wieder, muß er die stipulirten Procente nebst dem Kapital zahlen, gehet hingegen das Schiff durch Unglück zu Grunde, bekommt derjenige, der es gelehnt hat, nichts. Es ist ein Hazard dabey, also kann ich mehr als 12 pro Cent fordern. Heinrich Bodinus Disp. de Bodemeria.

§. 12.

Contractus, Facio, ut des, ist derjenige Contrakt, vermöge dessen verabredet wird, daß mir der andere dagegen, daß ich ihm etwas thue, eine gewisse Sache geben soll. Da muß der Faciens anfangen, und denn giebt ihm der andere. Z. B. Mevius ein Schneider macht mir ein Kleid, ich sage: machts nur, wir wollen schon mit einander einig werden, wenn es gemacht ist, so heißt dieser Contractus, Contractus facio, ut des, denn da ist Anfangs nicht gleich etwas bestimmtes über den Arbeitslohn abgeredet, und wenn auch der andere dem Schneider Geld dafür giebt, so macht das Geld doch deswegen den Contrakt noch zu keinem Miethvertrag, weil Anfangs dieser Lohn nicht bestimmt worden ist. Wenn man auch dem Schneider Korn dafür giebt, ist ein solcher Contrakt doch Contractus Facio, ut des, denn da bekömmt er für seine Arbeit doch eine gewisse Sache. So verhält es sich auch, wenn ich sage: Facio, ich halte das Collegium, ut tu des, daß du das Honorarium

dafür giebst, oder ich führe deinen Proceß, daß du mir 200 Rthlr. dafür giebst, ingleichem, ich dresche, daß du mir ein paar Mesten dafür giebst.

§. 13.

Es giebt auch noch einen Contractum, Facio, ut facias, kraft dessen verabredet wird, daß einer etwas thun soll, und der andre ihm ebenfalls wieder dagegen etwas zu thun verspricht, da muß, wie man sagt, eine Hand die andere waschen. Es schreibt einer dem andern ein Kollegium ab, hingegen hält der andre ihm das Kollegium dafür, da ist der Contractus, Facio, ut facias, denn ich halte das Kollegium und lese, er hingegen muß schreiben. Der Advokat will des Schneiders Proceß führen, dafür soll derselbe ihm alles machen, was er nöthig hat, das ist ein Fall, der dahin gehört. Es unterrichtet einer alle Tage eine Stunde den andern im Französischen, daß er dagegen ihn wieder eine Stunde im Italiänischen unterrichte, das ist ein Contrakt, der abermal dahin zu zählen ist. Das sind nun alle Contractus simplices innominati, aber, wie gesagt, aus allen diesen können noch viel mehrere zusammengesetzt werden. Ich kann ja in dem erstern Falle den Contrakt so eingehen, daß er mir das Kollegium schreiben soll, da hingegen will ich lesen, und ihm noch darüber ein Buch schenken, da ist der Contractus, Facio et Do, ut facias, und so kann man mehrere Contractus sich vorstellen.

§. 14.

Da nun dieses anfänglich Pacta nuda waren, so war keine certa formula in Albo zu finden. Weil aber dennoch eine sollte zugelassen werden, so mußte dieselbe der Praetor vorschreiben. Diese Actio hieß auch in Factum, weil sie nach dem getroffenen Geschäfte eingerichtet wurde, wie auch heut zu Tage ein jeder bey einer jeden Klage sich den Libell formirt, und das Factum so vorträgt, daß der Richter sieht, daraus folge seine einverleibte Bitte.

§. 15.

In Contractibus innominatis hat Reue statt, so lange noch von beyden Seiten keiner erfüllet hat, was er versprochen, welches hingegen bey Contractibus nominatis nicht angeht, ausgenommen in Mandato et Societate. War das Mutuum per Stipulationem errichtet, so gieng es nicht an, daß man es sich konnte gereuen lassen. Hatte man es aber bey dem nudo Pacto gelassen, so obligirte es nicht, ausser, wenn der Theil sein Versprechen erfüllte, und zu dessen Gunsten war es auch Jure Romano eingerichtet, daß er es nämlich sich könnte gereuen lassen. Z. B. Ich hätte dem Sempronius ver-

spro-

sprochen, meinen fetten Ochsen für sein Pferd zu geben, ich gab ihm auch solchen, er aber verzögerte es von einer Zeit zur andern, ehe er mir das Pferd gab, da hatte allerdings ehehin Reue dahin statt, daß ich Actionem Causa data, Causa non secuta anstellen konnte. Heut zu Tage aber hat keine Poenitentia in Contractibus innominatis statt, weil das Pactum nudum heut zu Tage eben sowohl als Stipulatio verbindet. Denn es kann kein Contractus innominatus geschlossen werden, wenn sie nicht einig sind, dieses Einigwerden aber bringt Pactum nudum mit sich. Christoph Cellarii Dissert. de Poenitentia in Contractibus innominatis.

Drittes Buch.

Tit. XVIII.

De quasi Contractibus.

§. 1.

Die Particula *quasi* bey quasi Contractibus ist eine Anzeige, daß der Wahrheit nach oder in der That kein Contrakt eingegangen worden ist, daß es aber eben so viel ist, als wäre einer contrahirt worden, oder daß man fingiren kann, daß contrahirt worden, weil diese Particula in den Rechten überhaupt, wo sie sich befindet, anzeigt, daß eine Fictio vorhanden ist. Wie es daher heißt: in Casu ficto obtinet, quod obtinet in vero, also stimmen auch alle quasi Contractus genau cum vero Contractu überein.

Quasi Contractus heissen demnach diejenigen, bey welchen kein Consensus mutuus verus vorhanden, sondern nur ein Consensus mutuus dabey fingirt wird. Z. B. Titius verreiset und bestellt niemand, der auf seine Sachen Acht giebt, es entsteht ein Wind, der ihm das Dach herunter schmeißt, und wenn solches nicht bald ausgebessert wird, so kann er großen Schaden leiden. Sein Nachbar nimmt sich also seiner aus Freundschaft an, und läßt das Haus wieder herstellen, so sagt man, es sey zwischen ihm und seinem Nachbar ein quasi Contractus vorhanden, kraft dessen nämlich er ihm verspricht, ihn gänzlich schadlos zu halten, hingegen der Nachbar sich verbindet, allen Fleiß anzuwenden, daß er von dem Geschäfte vielmehr Nutzen als Schaden haben möge. Da

williget Titius nicht ausdrücklich ein, sondern es wird sein Consens nur fingirt, und zwar um deswillen, weil das Geschäft zu seinem Besten geführt worden ist, denn man kann nicht anders vermuthen, als daß er darein einwillige. Er hat aber in der That nicht eingewilliget, weil er nichts davon gewußt hat, die Einwilligung aber Wissenschaft von einer Sache voraussetzt. Woraus man überhaupt ersieht, wann quasi Contractus entstehen, nämlich in dem Fall, wenn einer ein Factum zu dem Besten des andern, der auch nichts davon weiß, unternommen hat, indem wahrscheinlich ist, daß er, wenn ers wüste, darein einwilligen würde. Sollte er aber auch nachher es mißbilligen, so ist es doch billig, daß der andere schadlos gehalten werde, und fingirt man also der Billigkeit halber einen Consensum, den er in der That nicht ertheilt hat. Es folgt aber freylich nicht, daß von beyden Seiten der Consensus fictus ist, wenn er nur ab una parte fictus ist, so ist doch der Consensus mutuus nicht verus, da bey veris Contractibus, wie beym Kauf die Einwilligung von beyden Seiten wirklich vorhanden ist. Von einer Seite ist hier wenigstens der Consensus tacitus, von der andern Seite aber fictus, und der Grund der Fiction die Billigkeit, zu einem vero Contractu ist aber auch Consensus tacitus hinreichend.

§. 2.

Solchemnach besteht die Form bey einem jeden quasi Contractu in einem Geschäfte, das zu des Andern Nutzen unternommen wird, und in Consensu tacito, der sich daraus schliessen läßt, z. B. in vorigem Fall in der übernommenen Ausbesserung des Hauses, und dem dadurch tacite erklärten Willen, dieses Geschäft zum Besten des Abwesenden zu besorgen, von der andern Seite aber in Consensu ficto, indem fingirt wird, daß der Andere, dessen Nutzen durch die Geschäftsführung befördert wird, darein eingewilliget hätte, weil es billig ist, wenn er auch gleich nicht einwilligen sollte. Wobey zu merken ist, daß Struv unter dem expresso Consensu selbst auch den tacitum, der durch die Handlungen erklärt wird, mit verstanden hat. Es ist aber besser, wenn man sagt, es werde der Contractus verus durch die wirkliche wechselseitige Einwilligung a quasi Contractu unterschieden, weil der Consensus tacitus auch ein Consensus verus ist, da es gleich viel ist, ob ich meinen Consensum verbis oder factis erkläre, ich consentire doch allemal. Wenn hingegen mein Consensus nur fingirt wird, da consentire ich in der That nicht, sondern es wird nur der Billigkeit nach dafür gehalten, als wenn ich consentirt hätte, weil ich hätte consentiren sollen, und weil es wahrscheinlich ist, daß ich consentirt haben würde, wenn ich etwas davon gewußt hätte, weil das Factum zu meinem Nutzen vorgegangen, und niemand mit des andern Schaden sich bereichern soll. Daher auch

hier

hier Infantes, Furiosi und andere obligirt werden, die sonst weder expresse noch tacite sich obligiren können.

§. 3.

Die erste Art des quasi Contractus ist *negotiorum Gestio*. Diese heißt derjenige quasi Contrakt, welcher zwischen einem Abwesenden und demjenigen vorgeht, welcher seine Geschäfte zu seinem Nutzen ohne sein Wissen verrichtet hat. Man kann ihn aber auch so setzen: Mevius hat einen Garten am Flusse liegen, der Fluß tritt aus, und verderbt ihm denselben, so, daß wenn der Garten nicht bald hergestellt oder angebaut wird, nachdem der Fluß wieder zurückgetreten, so kann Mevius einen gar großen Schaden davon haben. Sein Nachbar also nimmt sich seiner Geschäfte an, und läßt den Garten wieder herstellen, so heißt das negotiorum Gestio. Da wird quasi unter ihnen contrahirt, denn der negotiorum Gestor erklärt seinen Consensum durch das Factum Gestionis negotii, und in alles, was er thut, wird dafür gehalten, daß der Eigenthümer einwillige, weil es zu seinem Besten gereicht. Daher setzt negotiorum Gestio bey demjenigen, dessen Geschäfte besorgt werden, ein Nichtbewußtseyn voraus. Denn sobald als der Herr weiß, was der andere thut, wie er nämlich seine Negotia gerirt, und läßt es geschehen, so erwächst ein Mandatum daraus, denn wenn er geschehen läßt, daß ein anderer seine Negotia gerirt, indem er es weiß, und nicht verbietet, so erklärt er ja dadurch seine Einwilligung, und ist es also ein Mandatum tacitum. Ein Mandatum tacitum aber und negotiorum gestio müssen von einander unterschieden werden. Man kann aber freylich den Consensum nicht bey dem andern fingiren, woferne nicht auf seinen Nutzen bey dem Negotio gesehen worden ist, sonst wäre es unbillig, wenn man den andern aus einem Geschäfte, das man vielmehr zu seinem eigenen Nutzen besorgt hat, verbinden wollte. Wenn daher der negotiorum Gestor darauf dringen will, daß der Dominus ex sua gestione negotii obligirt seyn soll, so muß er erst die nützliche Geschäftsbesorgung beweisen.

§. 4.

Dieser Contrakt geht demnach zwischen dem Geschäftsbesorger (Negotiorum Gestore) und dem, dessen Geschäft besorgt wird, vor. Es gründet sich nämlich der ganze Contrakt darinn, daß einer davon nichts weiß, was vorgeht. Nun kann aber auch seyn, daß einer gegenwärtig ist, und doch nichts davon weiß, was vorgeht. So kann seyn, daß einer in der Stadt ist, und doch nicht weiß, daß ein anderer, der auch in der Stadt ist, seinen Gläubiger in der Stadt bezahlt, damit er ihn nur nicht länger mehr vexiren solle, in dem Fall

ist klar, daß es eben so viel ist, als wäre er abwesend, weil er nichts davon weiß, denn so bald er etwas davon weiß, daß ein andrer sein Geschäft besorgen will, so hört es auf negotiorum Gestio zu seyn, und wird ein Mandatum daraus. Hingegen setze man, ein Vormund verreise auf etliche Tage, des Nachts darauf entstehe ein großer Sturmwind, und reisse das Dach von des Pupillen Hause, ich, als ein guter Freund des Pupillen gehe dahin, und sage: hört, weil euer Vormund nicht zu Hause ist, und ihr doch nicht so unter freyem Himmel sitzen könnt, so werde ich indessen auf meine Kosten das Dach decken lassen. Hier weiß es der Pupill, deswegen ist es doch kein Mandatum tacitum, weil der Pupill nicht im Stande ist, eine Vollmacht auszustellen, sondern nur ein quasi Contractus, negotiorum Gestio.

§. 5.

Solchemnach besteht die Form der negotiorum gestionis in der Besorgung der Geschäfte eines Andern, ohne irgend einen Auftrag dazu zu haben. Der Contractus Mandati taciti und der quasi Contractus negotiorum Gestionis sind einander sehr ähnlich, in beyden Fällen werden eines Andern Geschäfte und zwar ohne desselben ausdrückliche Einwilligung besorgt. Aber bey dem Contractu Mandati taciti ist doch noch ein Consensus tacitus, mithin verus vorhanden. Deßwegen muß forma des quasi Contractus in Consensu ficto bestehen, und geht es nicht an, daß hier Consensus expressus oder tacitus erfordert wird, denn sonst fällt gleich der Unterschied inter Mandatum tacitum et negotiorum gestionem hinweg.

§. 6.

Daraus kann man nun gleich die Verbindlichkeit, welche sowohl a parte negotiorum Gestoris, als a parte Domini entsteht, erkennen. Der negotiorum Gestor ist verbunden, das Geschäfte mit Fleiß zu verrichten. Da negotiorum Gestio voraussetzt, daß einer des Andern Geschäft ohne irgend einen Auftrag besorge, so muß er sich von freyen Stücken dazu aufwerfen. Wer sich aber von freyen Stücken aufwirft, eines Andern Geschäfte zu besorgen, der muß auch Fleiß anwenden. Allein es fragt sich, was für einen? Denn nach dem Gradu diligentiae muß man den Gradum Culpae praestandae beurtheilen. Da sagen nun einige Doctores, er müsse den grösten Fleiß anwenden, insgemein aber heißt es, ein mittelmäßiger Fleiß sey genug. Das ist auch gegründet, denn einen größern Fleiß muß er als ein Mandatarius anwenden, da er sich freywillig dazu aufwirft, fremde Geschäfte zu verrichten, der Mandatarius aber prästirt Culpam latam, und also muß negotiorum Gestor Culpam le-

vem

vem prästiren. Weil er einen Freundschaftsdienst zugleich dem Domino erweißt, und wenn er für das geringste Versehen stehen sollte, es gar leicht geschehen könnte, daß er die Geschäfte eines Abwesenden vernachläßigte, so kann man vermöge dieser Rücksicht nicht anders dafür halten, als daß er nur zu einem mittelmäßigen Fleiße verbunden, somit auch nur Culpam levem zu prästiren gehalten sey. Dieser Freundschaftsdienst wirkt so viel, daß man nicht eigentlich sagen kann, daß er blos zu des Andern Vortheil gehandelt hätte, sondern daß das Negotium als wie proprium angesehen wird, mithin die Regel nicht eintreten kann, daß in Geschäften, die man allein zu eines Andern Vortheil besorgt hat, nur Culpa lata zu leisten sey. Hat er aber einen andern ausgeschlossen, so ist auch per §. 1 Inst de quasi Contr. Culpa levissima nicht ausgenommen. Hingegen aber hat ein Andrer sich wollen unterfangen, das Geschäft zum Nutzen des Abwesenden zu besorgen, und es hätte der negotiorum Gestor nicht allen Fleiß anzuwenden, und für das geringste Versehen zu stehen sich obligiren wollen, so hätte er lieber den andern zulassen, und sich nicht eindringen sollen. Wenn er daher sich aufdringt, so ist die Meynung gegründet, daß er ad diligentiam maximam adhibendam, und also auch ad Culpam levissimam praestandam gehalten sey. Welches alles der in den Institutionen angeführten Hauptabsicht der negotiorum Gestionis gemäß ist, da gesagt wird, man habe negotiorum Gestionem einführen müssen, weil sonst die Negotia absentium meistens vernachläßiget worden wären. Diese diligens Gestio negotii alieni erfordert, daß der Gestor alles einzutreiben suche, was dem Domino negotii zusteht, und alles für denselben empfange, folglich auch alles dem Andern nach vollendeter Geschäftsbesorgung, was er für denselben eingenommen hat, ersetze. Da er nun ein Administrator rerum alienarum ist, der Administrator rerum alienarum aber zur Rechnungsstellung gehalten ist, also ist der Gestor schuldig, dem Andern Rechnung abzulegen, und alles, was er ex Gestione empfangen hat, oder auch nur hätte empfangen sollen, z. B. alle fructus perceptos und percipiendos zu erstatten, denn er muß alles thun, was der Dominus würde gethan haben, wenn er sein Geschäft selbst besorgt hätte. Wenn er sich z. B. unterfangen hätte, des Andern Acker auszustellen, so muß er ihn so ausstellen, wie ihn der Andre selbst würde ausgestellt haben. Hat er das nicht gethan, so muß er dafür stehen, denn wenn der Acker wäre ausgestellt worden, so hätten ja davon Früchte können eingeärndtet werden, hat er es also nicht gethan, so ist er gehalten, den daher entstehenden Schaden zu ersetzen. Struv sagt: damna quavis Culpa evenientia, ist also der Meynung, daß er omnem Culpam prästiren müßte. Das findet aber nur statt, und ist nur billig in dem obbestimmten Fall, denn gewöhnlich ist

er nicht gehalten, den Casum zu prästiren, denn der Casus fällt allemal auf den Dominum, der Dominus aber ist nicht der negotiorum Gestor, sondern der Dominus negotii. Es muß aber der Geschäftsbesorger dann für den Zufall stehen, wenn er ein gefährliches Geschäft, welches der Andre nicht unternommen hätte, über sich genommen hat, denn wenn er in diesem Fall den Casum nicht hätte übernehmen wollen, so hätte er es sollen bleiben lassen, weil er wohl weiß, daß es des Andern Geschäfte sind. Da er es aber doch gethan hat, so kann man ex hoc facto schließen, daß er den Casum fortuitum übernommen habe, mithin ist er ihn auch zu leisten gehalten. Man setze ferner Kuxen, die so beschaffen sind, daß sie bald steigen, bald fallen. Wenn nun negotiorum Gestor einige 100 Rthlr. seinem Principal an Kuxen geleget, und dieselben fallen, also, daß ihm niemand für 800 Rthlr., die er dafür gegeben, gern 200 Rthlr. geben will, muß da der negotiorum Gestor dafür stehen? Antw. Ja. Es ist ja aber ein Casus fortuitus? Allerdings, er hätte ja aber denselben vermeiden können, wenn er das Geld auf dergleichen unbeständige Sachen nicht gewendet hätte. Auch kann es seyn, wenn einer alle Geschäfte des Andern in seiner Abwesenheit besorgt hat, daß er einige zum grösten Nutzen des Domini verrichtet, in andern hingegen großen Schaden angestiftet hat. Wenn er nun bona fide in Allem zu Werke geht, so muß auch hier statt finden, was sonst bey einer Haushaltung gilt. Es ist nämlich nicht leicht eine Haushaltung, wo man nicht Schaden und Vortheil hat, und man allemal den Schaden durch den Vortheil wieder compensirt. Woferne demnach dem Gestori nur kein Versehen beygemessen werden kann, wofür er stehen muß, so muß auch hier der Schaden bey ihm durch die Fructus oder das Lucrum compensirt werden, eben so, wie der Dominus selbst, als ein guter Hauswirth es gethan haben würde. Hier ist es ganz etwas anders, als bey der Societate. Allda ist einer schuldig, zum Vortheile für sich und den Socium zu arbeiten, hingegen in negotiorum Gestione sucht man allein des Andern Nutzen zu befördern. Ferner, Socius ex Contractu praevio ist schuldig, der Societät Vortheil zu schaffen, thut er Schaden, so muß er ihn wieder gut thun. Der Negotiorum Gestor hingegen thut es aus Höflichkeit. Thut er gleich etwas Schaden, so muß man fünfe gerade seyn lassen, und den Schaden mit dem Nutzen aufheben. Es kann weiter seyn, daß einer in Abwesenheit des Andern Geschäfte, welche Gelder betreffen, besorgt, da fragt sich, was Rechtens dabey ist? Antw. wenn einer des Andern Geschäfte insgesammt übernimmt, so muß der negotiorum Gestor auch die Zinse eintreiben, denn das würde ja der Dominus selber gethan haben. Denn wenn die Vsurae eingetrieben werden, so geben sie ein neues Kapital ab, und können wieder ausgethan werden, und neue Zinsen davon einkommen, ohne

ne daß der Anatocismus daraus entstehen sollte. Und eben daher sieht man, daß, wenn der negotiorum Gestor selbst gehalten ist, Vsuras dem Domino abzuführen, so muß er selbst seine Vsuras mit zuschießen, und sie wieder zu einem Kapital machen und austhun, da, wenn der Dominus selbst da gewesen wäre, er ihm die Vsuras hätte bezahlen müssen. Bisweilen sieht man bey dieser Klage allein auf die vorsetzliche Beschädigung. Wenn nämlich durch den negotiorum Gestorem ein großer Schaden von dem Domino abgewandt worden ist, so wird ihm alles Versehen, so ihm zugemessen werden kann, dabey nachgesehen, und darf er für nichts stehen, als nur dafür, wenn er sollte dolose gehandelt haben. Es hätten z. B. eines Güter verganthet werden sollen, und ich rette seinen ehrlichen Namen, und befriedige die Creditores, versehe aber verschiedenes dabey, so bin ich weiter nichts, als Dolum zu prästiren schuldig, denn der Dolus wird niemals nachgesehen. Manchmal aber läßt man wohl ein Versehen ungeahndet, weil doch der Andere noch Vortheil genug hat, und das geschieht hier um deswillen, damit sich keiner ein Bedenken machen darf, dergleichen Negotia absentium zu übernehmen, denn sonst, wenn einer noch zu befürchten hätte, daß er leicht etwas versehen, und hernach zur Verantwortung gezogen werden könnte, so läßt er es lieber bleiben, und nimmt sich fremder Angelegenheiten nicht an, das thut er aber viel leichter, wenn er nicht zu befürchten hat, daß er zur Verantwortung dürfte gezogen werden.

Bey allem deme ist wohl zu merken, daß, wer nur einige Geschäfte übernommen hat, deswegen nicht zu aller Geschäftsbesorgung gehalten ist, sie hängen denn zusammen. Z. B. der negotiorum Gestor hätte Korn abschneiden lassen, er liesse es aber auf dem Felde liegen, wäre das genug? Nein, sondern er muß es auch einführen lassen, denn die Geschäfte hängen zusammen. Oder ein guter Freund von dem Javolenus, dessen negotiorum Gestor Titius gewesen, siehet, daß das Korn noch auf dem Felde liegt, gehet deswegen zu dem Titius und sagt: überlasse mir der Herr seine Geschäfte, ich will das Korn einführen und dreschen lassen, der Herr darf für weiter nichts sorgen. Da kann Titius sagen: die Sache gehet den Herrn nichts an, habe ich sie angefangen, so will ich sie auch zu Ende bringen.

§. 7.

Nachdem nun daraus klar ist, daß ex negotiorum Gestione der Gestor verbunden wird, so sieht man auch ferner, daß ex negotiorum Gestione eine Klage entspringt, welche Actio negotiorum Gestorum heißt. Es haftet aber die Hauptverbindlichkeit auf dem negotiorum Gestore. Gegen diesen entsteht

daher Actio directa, solche steht dem, dessen Geschäfte besorgt worden sind, in Ansehung der Geschäftsbesorgung zu. Allen Nutzen muß der negotiorum Gestor dem Andern herausgeben, aber auch allen durch Nachläßigkeit verursachten Schaden nach dem Grade der Nachläßigkeit ersetzen. Es giebt aber auch ausser dieser Hauptverbindlichkeit noch eine Nebenverbindlichkeit (Obligationem secundariam.)

§. 8.

Da der negotiorum Gestor aufrichtig handelt, und es gut mit dem Geschäfte des Herrn meynt, auch allen Schaden von ihm abzuwenden bedacht ist, so muß es auch jener wieder gut mit ihm meynen, und ihn nicht dadurch zu Schaden kommen lassen. Daher ist in dem Fall, wenn nämlich der negotiorum Gestor zu Schaden gekommen seyn sollte, der Dominus gehalten, ihn zu entschädigen, z. B von aller Bürgschaft zu befreyen. Daher steht Actio contraria negotiorum Gestionis dem Geschäftsbesorger gegen den Andern zu, daß dieser jenen entschädige. Dieses begreift also alle Schäden, die der negotiorum Gestor bey Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erlitten hat. Alle impensas necessarias et utiles muß der Dominus ersetzen, denn diese verschenkt gewöhnlich niemand, ausser es seyen kleine Kosten (impensae modicae.) Der Vetter läßt z. B. dem Pupillen einen neuen Rock machen, doch von schlechtem Tuche, der Mann aber ist sehr reich, das sind Impensae modicae, welche er dem Pupillen geschenkt zu haben vermuthet wird. Man kann hiebey nachschlagen Kleins zu Rostock gehaltene Dissert. de praesumta Donatione. Vermuthete Schenkung fällt weg, 1) wenn die Mutter Anfangs sich verwahrt hat, daß sie die Alimentation gegen Ersatz herzugeben entschlossen sey, 2) wenn dieselbe ihrer Kinder Vermögen verwaltet, denn in solchem Falle wird vermuthet, daß sie die aufgehenden Kosten von der Kinder Vermögen bestritten habe. Wenn einer fremde, leicht dem Verderben unterworfene Sachen käuflich an sich gebracht haben sollte, muß ihm der Dominus das Pretium wieder herausgeben, wenn er sie vindiciren will, und kann er nicht sagen: ubi rem meam invenio, ibi eandem vindico, denn wegen der Erhaltung seiner Sache wird ersterer als negotiorum Gestor angesehen. Z. B. Titius verliert eine Chatoulle, oder sie wird ihm gestohlen, Mevius kommt auf den Postwagen, und trift einen Reisenden an, bey dem er diese Chatoulle findet, es geht aber nicht an, daß er diesen Reisenden setzen läßt, und den Proceß anfängt, so kann er demselben etwa die Chatoulle für ein Bagatelle abkaufen. Hier kann der Dominus nicht sagen: ubi rem meam invenio, ibi eandem vindico, oder ich darf dir nichts zahlen, sondern da wird ersterer als negotiorum Gestor betrachtet, diesem aber muß der

Do-

Dominus alles ersetzen, um so viel er von dem Seinigen in Ansehung negotiorum Gestorum gekommen ist. Er muß ihm also die Auslage ersetzen, ob man gleich sonst demjenigen, der unsere Sache wider unser Wissen an sich gebracht hat, den Werth nicht zu erlegen braucht, sondern Rei Vindicationem dennoch anstellen kann, und der andre nachher an seinen Verkäufer sich halten muß.

Schließlich ist noch hiebey in Erwägung zu ziehen, daß, wenn es heißt, es soll das Geschäft nützlich besorgt worden seyn, man nicht meynen müsse, daß kein quasi Contractus statt finde, wenn nicht das Geschäft zum Vortheil des Domini wirklich ausgeschlagen ist, denn für den Ausgang kann der Gestor nicht stehen. Genug, daß Gefahr vorhanden gewesen, die Sache möchte zu Grunde gehen, oder daß der Gestor den Nutzen des Domini verlangt hat, und wahrscheinlich gewesen ist, daß er in großen Schaden hätte kommen können, wenn er sich seines Geschäfts etwa in seiner Abwesenheit nicht angenommen hätte. Geschieht es nicht, daß er Nutzen, sondern vielmehr Schaden davon hat, so muß es sich doch der Dominus gefallen lassen, daß man also vielmehr auf die gute Meynung, den Nutzen des Andern zu befördern, als auf den Ausgang sehen muß. Gleichergestalt kommt es auch nicht darauf an, ob sich der Besorger in der Person geirrt hat, weil hier die Verbindlichkeit nicht aus einer wirklichen Einwilligung, sondern aus der Billigkeit und der Gesetze Verordnung entsteht. Was ist aber dann Rechtens, wenn man gegen das Verbot des Andern desselben Geschäfte doch besorgt, Bürge für ihn wird? Z. B. Mevius will Geld von dem Javolenus borgen, dieser will es ihm aus Mißtrauen ohne Bürgen nicht leihen, solches verdrießt den Mevius, und er spricht bey allen seinen Freunden: Javolenus ist ein Narr, er will mir nicht die lumpichten 100 Rthlr. trauen, wohlan, will er es mir nicht ohne Bürgen geben, so mag er mit seinem Gelde zum Teufel gehen, und ich verbiethe es allen meinen Freunden, daß keiner für mich sich verbürgt, unerachtet ich das Geld jetzo zum Besten meines Sohnes höchst nöthig habe. Gleichwohl thut es einer, ohne sein Vorwissen aus Liebe für den Sohn, nachher aber hört der Schuldner zu zahlen auf, so fragts sich, muß er statt seiner bezahlen, oder hat dieser Bürge Actionem r. g.? Antw. Nein, aber er kann sich vom Creditore sein Recht contra Debitorem abtreten lassen, und alsdann ex Jure cesso klagen.

§. 9.

Vormundschaftsverwaltung, *Administratio tutelae*, ist auch ein quasi Contractus, doch muß man Tutelam und Administrationem Tutelae von einander unterscheiden. Es ist diese Administratio Tutelae um deswillen ein

quasi

quasi Contractus, weil man dabey eine Verrichtung zu des Andern Nutzen, jedoch ohne seine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung zu besorgen hat. In allen solchen Fällen aber wird überhaupt des Andern Einwilligung wegen des für ihn entspringenden Nutzens als gegeben angenommen, damit daraus eine Verbindlichkeit entstehen kann, wie es der Billigkeit gemäß ist. Denn wenn der Tutor oder auch Curator (welches gleichviel gilt) die Tutel oder Curatel, z. B. über einen Furiosum übernehmen, und auch wirklich verwalten, so besorgen sie etwas zum Besten desselben, daher kann man hier auch wieder die Einwilligung der Billigkeit gemäß annehmen, und muß es vermöge der Gesetze thun, oder um eben deswillen den Tutorem vel Curatorem für verbunden halten. Die Vormundschaft ist ein öffentliches Amt, die Verwaltung derselben hingegen quasi Contractus. Nämlich der Vormünder verbindet sich eben dadurch, daß er die Verwaltung übernimmt, allen Schaden abzuwenden, und sein Bestes dadurch zu befördern. Hingegen obligirt sich auch wieder der Pupill, ihn völlig schadlos zu halten, denn das ist billig, daß man annimmt, als wenn er dieses verspräche, ob er es gleich wegen seines Alters noch nicht versprechen kann, weil der Vormund alles zu seinem Besten besorgt und auch besorgen muß. Daher entsteht denn *Actio Tutelae* directa et contraria aus dem quasi Contractu *Administrationis Tutelae*. Directa wird wider den Tutorem angestellt, Rechnung abzulegen, den Ueberschuß herauszugeben, und allen verursachten Schaden zu ersetzen. Wie nun das Inventarium der Grund aller Rechnung ist, also wird auch die vormundschaftliche Rechnung nach dem Inventarium abgelegt. Es muß also der Vormund gleich ein Inventarium machen, sonst ist er ehrlos und hat das Juramentum in litem wider ihn, und zwar auch contra Matrem Tutricem nach Strycken in Vs. Mod. Tit. de in lit Jur., allwo er ein Praejudicium beybringt, statt. Wenn demnach der Pupill Rechnung fordert, nach dem Inventario fragt, der Tutor aber sagt, ich habe keines, hingegen der Pupill wissen will, wie viel ihm denn sein Vater hinterlassen habe, und der Tutor etwa sagt: 4000 Rthlr., der Pupill aber bey seinen Freunden sich erkundiget, die 40000 Rthlr. sagen, da klagt er beym Richter und sagt, er habe erfahren, sein Vater habe 40000 Rthlr. hinterlassen, so wird die Summe von dem Richter etwa auf 18000 Rthlr. gemäßigt. Zur Rechnungsabhör werden gewöhnlich vom Richter eigene Kommissarien von Amtswegen aufgestellt. Actio Curatelae ist eigentlich keine besondere Klage in Jure, sondern wie der Pupill Actionem Tutelae directam anstellt, also instituirt Minor utilem. Und giebt es auch keine Actionem Curatelae contrariam, sondern es ist Actio Tutelae contraria utilis.

§. 10.

Die Verwaltung gemeinschaftlicher Dinge (rerum communium Administratio) ist auch ein quasi Contractus. Es kann nämlich eine Communio entweder mit Vorbedacht des Eigenthümers entstehen, wie bey einer Societät, welche Communio eben deswegen Deliberativa heißt, hingegen können auch etliche zufälligerweise in Gemeinschaft kommen. Etlichen ist z. B. ein Haus vermacht worden, so kommen sie dadurch zufälligerweise in Gemeinschaft, oder es wird ihnen dieses Vermächtnis insgesammt gemeinschaftlich, und heissen sie zusammen Gemeinder, Consortes. Nun setze man, daß einer von ihnen die Verwaltung dieser Sachen allein übernimmt, so verspricht er hierdurch stillschweigend den andern, alles, was er von Einkünften einnimmt, mit ihnen zu theilen, hingegen wendet er aber auch etwas auf, so hat er nicht im Sinne, es den übrigen zu schenken, sondern er will sie dadurch verbinden, ihm ihren betreffenden Antheil zurück zu erstatten. Weil aber doch diese Besorgung der Uebrigen Vortheil mit betrift, so ist in Ansehung der Andern der Administrator als negotiorum Gestor anzusehen, mithin Administratio rerum communium ein quasi Contractus. Auf Seiten des Administratoris ist Consensus tacitus vorhanden, oder er verspricht stillschweigend, den Nutzen zu theilen, und hingegen wird angenommen, daß die übrigen Consortes ihm die Schadloshaltung versprochen hätten, oder, an dem Theil zu nehmen, was etwa der gemeinschaftlichen Sache bey seiner treuen Verwaltung an Schaden zustossen sollte. Z. B. dem Tirius, Sempronius und Nevius vermache ich mein Haus, und sterbe. Ist Sempronius allein da, die andern aber sind abwesend, so nimmt dieser deswegen die ganze Verwaltung auf sich, und ist in Ansehung der Uebrigen Negotiorum Gestor.

§. 11.

Es fragt sich nun, was aus einer solchen Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen für eine Actio entstehe? Antw. Actio communi dividundo. Denn wenn eine Res singularis etlichen zufälligerweise gemein wird, können sie entweder in der Gemeinschaft verbleiben, oder auch abgehen. Wenn sie nun von der Gemeinschaft abgehen wollen, so haben sie keine andere Klage gegen einander, als Actionem communi dividundo, welche Klage auf die Aufhebung der Gemeinschaft und Abtheilung abzielt. Unterdessen ist wohl zu merken, daß diese Actio communi dividundo nicht nur hier ex quasi Contractu entsteht, sondern auch ex vero Contractu entstehen kann, aus dem wirklichen Contractu Societatis. Denn die Actio pro Socio ist nicht hinreichend, da sie nur auf des

Vertrags Erfüllung, nicht aber auf die Aufhebung geht. Dazu ist die Actio communi dividundo eingeführt. Wobey überhaupt zu bemerken ist, daß keine Klage, die aus einem Contrakt entsteht, anders als auf dessen Erfüllung, nicht aber auf die Aufhebung erhoben werden kann. Unterdessen kann man bey diesem quasi Contractu rerum communium Administrationis nicht nur auf die Theilung klagen, sondern es kann auch nöthig seyn, daß man auf die Vertheilung des Nutzens und Theilnehmung am Schaden klagt. Daher findet auch hier die Actio communi dividundo auf die nämliche Art statt. Nun ist aber dieser Administrator rerum communium in Ansehung der übrigen Theilhaber als negotiorum Gestor anzusehen. Wie demnach der negotiorum Gestor Culpam levem prästirt, so prästirt auch Culpam levem ein solcher Theilhaber, der von den Uebrigen Actione communi dividundo ad commoda dividenda, seu commoda, sive damna restituenda belangt worden ist, mithin ist es hier, wie bey der Societate, ausser daß in Societate nur Culpa lata prästirt wird. Während der Gemeinschaft darf keiner von den Theilhabern ohne der übrigen Willen etwas thun, sondern bey gleichen Gerechtsamen gilt der Widerspruch Eines mehr, als die Bewilligung der übrigen. Z. B. zweyen ist ein Haus geschenket, einer wollte es gerne malen lassen, der andre hingegen will die Unkosten gerne ersparen, und also in das Malen nicht einwilligen, so gilt diese Verweigerung mehr. Jedoch ist hiebey darauf zu sehen, ob nicht die Nothwendigkeit dasjenige, was der andere verbieten will, erfordert. Z. B. wenn das Haus sehr baufällig wäre, und der eine will es ausbessern und stützen lassen, damit es nicht völlig zu Grunde gehen möge, der andere aber ist ein Geitzhals und will nichts dazu geben, da kann der erste ihn dazu zwingen, denn hier ist eine Nothwendigkeit, welche sich durch kein Gesetz beschränken läßt. Dieses gilt auch von wirklicher Verbesserung. Denn da hat die Verbesserung den Vorzug.

§. 12.

handelt von der gemeinschaftlichen Erbschaft, denn gleichwie man in Ansehung einer einzelnen Sache und zwar ohne Willen mit einem andern in Gemeinschaft kommen kann, so kann man auch zufälligerweise zu, einer gemeinschaftlichen Erbschaft kommen, daß also Communio hereditatis und die vorige Communio nur in Ansehung des Gegenstands unterschieden sind, denn im vorigen Falle ist man in communionem rei singularis, hier aber in communionem universitatis, seu rerum hereditariarum gekommen. Unterdessen sind die rechtlichen Verhältnisse die nämlichen, und es ist gleich viel, ob ich in Gemeinschaft mit einem andern von einer vermachten Sache komme, oder ob ich gleich mit dem

dem andern zum Erben eingesetzt werde, so, daß von dem Gegenstand hier keine rechtliche Verschiedenheit herkommt. Gleichwie aber die Communio überhaupt etwas verhaßtes ist, und als die Mutter der Händel angesehen wird, auch um deswillen man a Communione abgehen kann, so kann man auch a Communione hereditatis abgehen. Und zwar gelten hier nicht majora Vota, sondern der eine Erbe kann den andern dazu zwingen, daß er mit ihm theilen muß. Z. B. wenn neun Erben sind, achte wollen noch in ungetheilten Gütern bleiben, einer aber will allein seinen Theil haben, so fragt sich, können die andern achte ihn zwingen, bey der Gemeinschaft zu beharren? Nein, weil nach den Gesetzen niemand gegen seinen Willen in der Gemeinschaft zu bleiben gezwungen werden kann. Daher können sie gezwungen werden, ihm das Seinige herauszugeben. Ja überhaupt gilt deswegen kein Vertrag, daß man niemals zu theilen verlangen wolle, und dieses gilt auch, wenn gleich die Gemeinschaft nur auf eine gewisse Zeit eingeschränkt worden ist. Z. B. Mein Vater ist gestorben, mein ältester Bruder studieret in Holland, der andre zu Utrecht, ich, als der jüngste bin zu Hause, so machen wir durch Briefe aus, auf drey Jahre noch die Erbschaft ungetheilt zu lassen, es wäre denn, daß eine erhebliche Ursache uns dazu nöthigte, denn auch hier kann ich vor Ablauf der drey Jahre von der Gemeinschaft abgehen. Oder es sind etliche zu Erben eingesetzt, einer unter ihnen übernimmt die Verwaltung der Erbschaft ganz allein, er verwaltet sie zum Besten seiner Miterben, er muß aber auch vieles aufwenden, so heißt diese Administratio communis hereditatis ein quasi Contrakt, denn der Administrator verbindet sich wieder stillschweigend durch die übernommene Verwaltung, alle Commoda mitzutheilen. Hingegen wird nach der Billigkeit angenommen, daß die Cohaeredes ihm versprechen, alles, was er aufwendet, oder allen Schaden ihm pro rata zu ersetzen, denn sonst würde es einer manchmal bleiben lassen, sich einer Erbschaft im Namen des abwesenden Miterben anzunehmen, wenn nöthig wäre, viel aufzuwenden, und er nicht wieder Hofnung haben könnte, zu dem, was er aufwenden würde, zu gelangen. Und gleichwie bey der communi rerum singularium Administratione eine Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft, Mittheilung der Nutzungen und Theilnehmung am Schaden statt findet, so findet auch eben so bey der Communione hereditatis eine Klage auf die Theilung der gemeinschaftlichen Erbschaft gegen den Verwalter statt, die Actio *familiae herciscundae* heißt.

§. 13.

Solchemnach geht diese Klage auf Theilung der gemeinschaftlichen Erbschaft gegen den Verwalter, dabey aber auch unter andern mit auf die Ablegung

der Rechnung, denn wenn man sehen soll, daß der andere die Erbschaft gut verwaltet hat, so muß er Rechnung von allem, was er eingenommen und ausgegeben hat, ablegen. Solchergestalt weiß man auch, was er an die übrigen pro rata zu restituiren gehalten, oder auch, was ihm die andern pro rata refundiren müssen. Es haben Bodinus und Richter de Actione familiae herciscundae geschrieben.

§. 14.

Die Antretung der Erbschaft (hereditatis Aditio) ist auch ein quasi Contractus, denn der Erbe verspricht wieder durch die Antretung, folglich tacite, die Legatarios und fidei Commissarios zu befriedigen, denn er kann nicht Erbe werden, wo er nicht den Willen des Verstorbenen erfüllen will. Also dadurch, daß er die Erbschaft angetreten, hat er auch versprochen, den Willen des Testatoris zu erfüllen, und es wird vermuthet, daß die Legatarii und fidei Commissarii darein gewilliget haben, daß er die Erbschaft antreten soll. Daher ist ein quasi Contractus vorhanden, weil sie sich sonst nicht an ihn halten könnten, wenn er die Legata und Fideicommissa nicht auszahlen will, da weder der Defunctus mit ihnen contrahirt hat, noch er selbst. Wenn er aber die Erbschaft antritt, so ist es eben so viel, als wenn er mit ihnen contrahirte, die Legata dagegen, daß er die Erbschaft antrete, auszuzahlen, wie auch die Fideicommissa zu entrichten.

§. 15.

Daher entsteht die Actio ex Testamento aus diesem quasi Contractu der Erbschaftsantretung dahin, nämlich, daß dem Willen des Testirers von den Erben auch ein Genügen geschehen sey. Sie steht also den Legatariis und Fideicommissariis zu, als eine Actio personalis, denn die Actiones, die ex quasi Contractibus entstehen, sind personales. Es fragt sich aber, ob denn nicht auch die Gläubiger diese Actionem ex Testamento haben? Antw. Sie haben, laut des obenangeführten, nicht nöthig, vermöge eines quasi Contractus sich an den Erben zu halten, sondern können ihn ex vero Contractu belangen, nachdem, was man sagt: non solum pro nobismet ipsis, sed etiam pro aliis seu heredibus contrahimus, mithin ist es so viel, als hätte der Erbe selbst mit den Gläubigern den Vertrag eingegangen.

§. 16.

Indebiti solutio macht auch einen quasi Contractum. Es ist solcher derjenige Fall, wenn man einem etwas aus Irrthum bezahlt hat, ohne daß man

es

es ihm schuldig gewesen ist. Z. B. Titius weiß nicht, daß sein Vater bey seinen Lebzeiten noch den Mevius seinen Creditorem befriediget hat, er bezahlt ihm also die Schuld noch einmal, so ist es Indebiti Solutio, oder man sagt, es ist von dem Titius etwas indebite bezahlt worden. Nun sagt man zwar dabey nicht, daß, wenn indebite etwas sollte bezahlt werden, so wolle man es wieder zurück haben, unterdessen ist das Factum so beschaffen, daß es stillschweigend darunter verstanden werden kann. Denn es hat ja einer nicht die Absicht gehabt, dem andern etwas zu schenken, sondern es wird erfordert, daß er es ihm schuldig sey, und also sich tacite die Restitutionem ausbedungen hat, wenn erhellen sollte, daß er dem andern nichts schuldig wäre, und muß man auch wieder der Billigkeit nach annehmen, daß der andere verspricht, dasjenige, was der andere indebite empfängt, wenn es als ein Indebitum erscheinen sollte, heimzugeben. Denn man kann nicht vermuthen, daß der andere, da er wohl weiß, daß ihm nichts geschenkt werde, etwas indebite verlangen wolle, mithin muß er es freylich ex quasi Contractu restituiren. Da fragt sich aber freylich, was denn hier eigentlich indebitum heisse? Antw. Dasjenige, was sowohl nach dem Naturrecht als auch nach dem bürgerlichen Recht nicht gefordert werden kann, denn wenn man dem andern etwas blos Jure naturae schuldig ist, und es die Gesetze nicht billigen, so kann man nicht sagen, wenn man es ihm bezahlt hat, man habe es ihm indebite bezahlt, denn auch selbst nach dem Jure civili entsteht ex pacto eine Exceptio, obgleich keine Actio. Man setze demnach, daß man mit dem andern ein nudum pactum contrahirt, und das, was es mit sich bringt, geleistet, so könnte man nicht sagen, daß hier eine Indebiti Solutio geschehen ist, weil man aus solchem Vertrag nach dem Jure naturae prästiren muß, was er mit sich bringt, und daher findet hier Condictio indebiti nicht statt.

§. 17.

Diese Condictio indebiti nun setzt einen Irrthum voraus, und ist daher die Frage, wie der Irrthum beschaffen seyn muß, wenn er diese Klage, welche Condictio indebiti heißt, begründen soll? Das muß nun Error facti, oder auch ein Error Juris in dem Fall seyn, wo einer einem Schaden auszuweichen sucht, denn es muß ein beyzumessender Irrthum seyn, der einen um sein Recht bringen soll. Nun ist der Error facti alieni nicht imputabilis, und wird pro invincibili gehalten. Wenn daher einer ex Errore facti alieni etwas thut, weil er z. B. nicht gewußt hat, daß sein Vater die Schuld bezahlt habe, und bezahlt sie noch einmal, so kann er Condictione indebiti das indebite solutum zurückfordern, wie er es auch in dem Falle zurückfordern kann, wenn er in Errore Juris versirt, es aber auf einen Schaden, oder diminutionem patri-

monii ankommt, so er leiden soll. Er soll z. B. die Vsuras usurarum, die er bezahlt hat, missen, und zwar ex Errore Juris, indem er nicht gewußt, daß der Creditor Vsuras usurarum nicht verlangen darf, so wird in diesem Falle sein Error Juris entschuldigt, denn die Strafe wäre zu groß, wenn man durch den Errorem Juris überhaupt hätte wollen den Irrenden um sein Recht bringen, oder ihn wohl gar dadurch in Schaden kommen lassen. Er ist genug gestraft, wenn er nur den Vortheil missen muß, den er sonst, wenn er die Gesetze gewußt, hätte beziehen können. In dem Falle also wird sein Error Juris excusirt, folglich, wenn einer in Errore Juris versirt, und es ihm auf einen Vortheil ankömmt, den er hätte percipiren können, wenn er der Rechte kundig gewesen wäre, kann er das indebite solutum nicht wieder fordern. Z. B. wenn der Erbe die Quartam falcidiam hätte abfordern können, und er nicht gewußt, daß er dazu berechtiget gewesen, und also die Vermächtnisse ganz ausbezahlt, so fällt Condictio indebiti in poenam dessen, daß er sich um die Gesetze nicht erkundiget hat, weg.

§. 18.

Es bleibt also bey der Regel: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donati est, juxta L. 53 de Regul. Jur. Wer etwas aus Irrthum zahlt, kann es wieder fordern, wer es aber wissentlich zahlt, kann es nicht wieder verlangen, wenn er anders seinen freyen Willen gehabt hat, welchen z. B. derjenige, der während seiner Hauptschuld unmäßige Zinsen bezahlt, nicht hat. Es hat z. B. einer 1000 Rthlr. von einem Geitzhalse geborgt, zu 8 Procente auf ein Jahr. Das Jahr ist vorbey, der Creditor will es nicht länger lassen, wenn er ihm nicht ferner 8 Procent gebe. Der Schuldner thut es. Kann man ihm da weiter etwas beymessen? Nein, denn hier gieng Noth an Mann, er muste es thun, weil er das Kapital jetzo nicht wieder geben konnte. Was er also zu viel Procent gegeben, kann er bey Zahlung des Kapitals wieder abziehen. Hätte er es auch aus Einfalt vom Kapital nicht gleich wieder abgezogen, so kann er es noch nach der Heimbezahlung mit der Condictione indebiti wieder fordern.

§. 19.

Datio ob Causam heißt ein Factum, wodurch einem etwas aus einer absichtlichen Ursache gegeben wird. Z. B. Es giebt einer dem andern eine Handschrift, worinn er gesteht, von ihm Geld empfangen zu haben, das er ihm wieder heimzugeben verspricht, das ist eine Datio ob Causam. Obwohl er nun dabey sich nicht ausdrücklich ausbedingt, daß, wenn er das Geld nicht bekommen sollte, ihm das Chirographum wieder gegeben werden solle, so muß es doch still-

stillschweigend darunter verstanden werden, denn seine Absicht ist, das Chirographum von sich zu stellen, um den Contractum Mutui dadurch zu beweisen, also setzt er voraus, daß darauf die Bezahlung des Geldes erfolgen werde. Man kann auch nicht anders vom Gläubiger, der die Handschrift annimmt, vermuthen, als daß er, falls er das Geld nicht bezahlen könnte, auch das Chirographum restituiren werde, sonst versirte er in Dolo, und das wird von niemand vermuthet. Und dadurch geschieht es, daß die Datio ob Causam ein quasi Contractus wird, indem Debitor und Creditor quasi mit einander contrahiren, daß das Chirographum herausgegeben werden soll, falls diese Causa finalis wegfallen sollte, daß nämlich das Geld nicht auf das Chirographum erfolgen sollte. Diese Causa muß klar ausgedrückt seyn, ist aber auch für klar ausgedrückt zu halten, wenn eine Sache als Heyrathgut gegeben wird, denn Heyrathgut läßt sich ohne Ehe nicht denken. Z. B. Ein gewisser Mann caressirt eine Wittfrau, und zu einer gewissen Zeit stoßt ihn ein Geldmangel an. Weil er nun weiß, daß die Wittwe Geld hat, so fragt er sie, ob sie ihm nicht mit 2000 Rthlr. dienen könnte. Sie sagt, ich wollte es gerne thun, habe aber sonst kein andres Geld anjetzt, als mein Heyrathgut, welches ich im Kasten liegen habe, das ich aber niemand leihe, als der mich zur Frau haben will. Ist dem Herrn nun mit meinem Dote gedient, so nehme er ihn hin. Sie versteht also stillschweigend, er soll sie heyrathen. Thut er es nicht, und hat doch den Dotem genommen, so kann sie ihn zurückfordern. Hingegen ein junger Mensch wird mit einem Mädchen bekannt, und zum Zeugnis künftiger ehelicher Treue beschenkt er sie mit Kostbarkeiten. Als er nun meynt, Gewißheit zu haben, so wird von einem Andern Einspruch gethan, und sie ihm abgesprochen, da kann er mit dieser Klage seine Sachen, welche er ihr schenkte, wieder fordern. Daraus entsteht demnach wieder eine Actio, welche *Condictio Causa data, Causa non secuta* heißt.

§. 20.

Es geht diese Klage dahin, dasjenige, was man aus einer gewissen Absicht bey nicht Erreichung derselben gegeben hat, zurück zu fordern. Wenn einer propter futuram honestam Causam etwas weggegeben, diese aber nicht erfolgt, so kann er es alsdann wieder zurückfordern. Ich will z. B. dem Titius etliche Stücke Ochsen für sein Pferd geben. Er ist es zufrieden, verzögert es aber so lange, ob ich ihm gleich die Ochsen schon zuführen lassen, da kann ich also solche wieder mit dieser Klage fordern. Im Gegentheile, wenn einer sich mit einem Mädchen verplempert, nachgehends aber sich an eine andere verlobt, und ihr unterschiedene Sachen schenkt, die erste aber ihn belangt, und ihr Recht gespro-

sprochen wird, daß er sie heyrathen muß, können der andern die Geschenke wieder abgefordert werden? Nein, denn sie ist nicht Schuld daran, daß sie ihn nicht nehmen kann, also behält sie solche zurück. Wenn der Creditor das Geld, um dessen erwartete Bezahlung die Handschrift ausgestellt worden, nicht giebt, so hat der Schuldner das Recht, mit dieser Klage seine voraus ausgestellte Handschrift zurück zu fordern. Und so ist es auch bey einer Quittung. Wenn der Creditor dem Debitori eine Quittung in Hofnung des zu empfangenden Geldes ausgestellt haben sollte, hingegen der Debitor bezahlt nicht, so ist hier wieder Datio ob Causam vorhanden, folglich ein quasi Contractus, woraus Condictio Causa data, Causa non secuta entspringt. Da hat der Creditor innerhalb dreyßig Tagen, wovon oben mehreres vorgekommen, Condictionem Causa data, Causa non secuta, wodurch er seine Quittung wieder zurückfordern kann. Fordert er sie nicht zurück binnen diesen 30 Tagen, so lauft eine Verjährung gegen ihn, und diese bringt ihn sodann um solche Condiction, so, daß nach den 30 Tagen die Quittung immer gegen ihn beweißt. Es gehet zwar bey dieser Condictione ein verus Contractus vor, es wird aber doch nicht verabredet, daß, wenn das andere nicht gegeben werde, ich das Meine wieder bekomme. Es ist allemal Contractus innominatus dabey, Do, ut des, vel facias. Klage ich ex Contractu innominato, so muß es auf Erfüllung des Vertrags gerichtet seyn, verlange ich aber nicht, den Contrakt zu erfüllen, so kann ich ex quasi Contractu klagen, und obige Condiction anstellen und anführen: Ich habe dir zu dem Ende die Quittung gegeben, daß du mich bezahlen solltest, da du es aber nicht thust, so gieb mir solche heraus. Datio wird demnach hier in weitläuftigem Verstande genommen, daß nicht nur derjenige hier etwas gegeben, wer etwas auf den andern überträgt, sondern auch der, welcher etwas nachläßt. Z. B. wenn ich einem seine Schuldverschreibung wieder gebe, er thut aber das nicht dafür, weswegen ich ihm die Schuld erlassen, so kann ich die gegebene Handschrift zurückfordern. Datio aber erfordert eine Sache. Ich bin z. B. mit dem Javolenus eins geworden, ihm seine Aecker gegen eine gewisse Quantität Korn zu pflügen. Ich habe es gethan, er aber giebt mir nichts, so kann das Pflügen nicht zurückgenommen werden, ich stelle also nur Actionem praescriptis verbis an, denn hier ist Contractus facio, ut des.

§. 21.

Acceptio sine Causa heißt ein Factum, da man etwas ohne einigen Rechtsgrund empfängt oder besitzt. Z. B. Nevius stellt einen Wechsel aus, oder giebt dem Sempronius eine Verschreibung auf 1000 Rthlr. Nun bezahlt er aber auch diese 1000 Rthlr. und will also wieder seinen Wechsel oder Verschreibung zurück haben, so ist hier Acceptio sine Causa vorhanden. Denn

wenn

wenn die Schuld bezahlt ist, so hat sine Causa und ullo Titulo, i. e. sine Titulo der Creditor die Obligation in Händen, denn er hat sie ja ex Causa debiti oder propter debitum gratuitum in Händen, und also, da das Debitum durch die Bezahlung getilgt ist, so hat er sie sine Causa in Händen, denn wenn er sie wegen eines Anlehens in Händen hat, und es ist das Creditum oder Mutuum abgetragen, so ist kein Mutuum mehr vorhanden, und also hat er sie sine Causa, denn der Titulus heißt in Rechten Causa. Solchergestalt kann man nicht anders annehmen, als daß er verspricht, die Sache zu ersetzen, wenn sich begeben würde, daß er sie sine Causa besässe. Und weil dann auch der andere, dem die Sache zusteht, die jener besitzt, wenigstens vermuthungsweise, wenn er auch weder expresse noch tacite darein gewilliget hat, einwilligt, so folgt, daß hier wieder diese Acceptio sine Causa ein quasi Contractus ist.

§. 22.

Daher entsteht wieder eine Klage, welche Condictio sine Causa heißt. Es kann nämlich der Schuldner von dem Gläubiger nach bezahlter Schuld die Verschreibung oder den Wechsel wieder zurückfordern, damit er zerrissen wird, und ihm weiter damit keine Schwänke gemacht werden können, und zwar mit der Condictione sine Causa. Denn ist der Wechsel bezahlt oder das Debitum abgeführt, so ist der Wechsel oder die Obligatio sine ulla Causa bey dem Creditore. Struv führt selbst den Fall an, wenn der malae fidei Possessor die aus fremdem Gute gezogenen Nutzungen aufgezehrt hat, so hat er sie sine Causa gebraucht, er hat keinen Titel dazu gehabt, wie der bonae fidei Possessor, der als vermeintlicher Eigenthümer zu nichts gehalten ist. Daher hat gegen den malae fidei possessorem ob acceptionem sine Causa, seu perceptionem, et consumtionem fructuum sine Causa, Condictio sine Causa statt.

Solchemnach kann ich Condictione Causa data, Causa non secuta klagen, gegen den, der mir Geld hat lehnen wollen, Condictionem sine Causa auf die Zurückgabe der Schuldverschreibung aber der Schuldner gegen den Gläubiger anstellen, wenn er ihm das Geborgte heimbezahlt, daß er ihm seinen Wechsel oder Quittung wieder geben solle. Man sagt aber, daß niemand eine Sache ohne Grund (sine Causa) besitze, 1) wenn gleich von Anfang sein Besitzgrund nichtig, 2) wenn der gültige Grund nachher weggefallen ist. Allein wenn ich Condictionem ob turpem causam, Condictionem Causa data Causa non secuta, ingleichem Condictionem indebiti anstelle, so fordere ich allezeit etwas, das der Andre sine Causa besitzt, h. e. ohne rechtmäßige Ursache. Wenn nun von den andern Condictionibus ich keine anstellen kann, so wird die-

se allezeit zum Stichblatt genommen. Man kann hiebey nachschlagen Nic. Pragemanns Dissert. de Condictionis sine Causa Fundamento et Vsu. Ueberhaupt kann man sagen: ich bediene mich dieser Klage, wenn etwas von dem Meinigen in des Andern Händen ohne Rechtsgrund sich befindet.

§. 23.

Es giebt auch noch Condictionem *ob turpem, vel injustam Causam, furtivam.* Allein sie gehören hieher nicht, weil sie nicht ex quasi Contractu, sondern aus Verbrechen entstehen, daher erst unten davon zu handeln seyn wird.

§. 24.

Schicklicher gehört hieher *Obscuratio finium.* Es geschieht nämlich manchmal, daß Gränzen, wodurch Ländereyen von einander unterschieden sind, in Unordnung kommen. Und zwar geschieht es nicht nur mit Vorsatz, und aus Nachläßigkeit, sondern auch bisweilen durch Zufall, unvermuthet, wenn z. B. der Fluß austritt, und die Gränzen verderbt, z. B. die Gränzbäume wegreißt, oder die Gränzsteine wegführt. Denn die Gränzen werden durch Steine, oder auch Bäume bestimmt. Wenn denn dergleichen Bäume und Steine wegkommen, so verlieren sich die Gränzen dergestalt, daß sie sich nicht leicht wieder finden lassen, daher kommt es, daß manchmal neue Gränzen gesetzt werden müssen. Eben dazu braucht man auch besondere Steine, Lapides, die Ova haben, da legt man unter solche Steine, die Gränzsteine heissen, Eyerschaalen, Kohlen, zerbrochene Ziegel, und sonst kleine Steine, damit man erkennen kann, ob denn auch diese Steine, welche gefunden werden, Gränzsteine, oder ob es gemeine Steine sind. Zum Wahrzeichen macht man daher auch auf die Bäume, welche Mahlbäume heissen, allerhand Zeichen, z. B. ein Kreutz. Ein Loch macht man auch hinein, daher sie manchmal Lochbäume heissen. Daher kömmt es eben, daß, weil eine so große Verwirrung dadurch entstehen kann, diese Steine heilig (sancti) heissen. Wir haben aber zweyerley Arten von Gränzen, Staats- und Privatgränzen (fines publicos et privatos). Erstere werden wieder eingetheilt 1) in Territoriales (Landesgränzen), 2) Jurisdictionales (Gerichtsgränzen), 3) Compascua'es (Trift- und Flurgränzen.) Unterdessen werden sie doch nicht immer mit Vorsatz beschädigt. Denn es kann auch ohne Vorsatz und Nachläßigkeit, und allein zufälligerweise eine solche Verwirrung entstehen, in welchem Falle eine Communio entsteht, oder es läßt, als wenn die Ländereyen den Herren derselben gemein geworden wären, ex Communione aber entsteht ein quasi Contractus. Daher sieht man klar, daß Confusio finium einen quasi Contractum macht. Gleichwie man demnach ex

Com-

Communione Actione communi dividundo auf die Theilung klagen kann, so kann man auch aus der Gränzverwirrung, und zwar dahin klagen, entweder, daß die alten Gränzen wieder hergestellt, oder ganz neue angewiesen werden sollen. Solchemnach muß einer entweder die alten Gränzen wissen, und sie erweisen können, wenn er verlangt, daß sie restituirt werden sollen, oder er muß bitten, daß ganz neue Gränzen mögen gesetzt werden. Das geschieht nun

§. 25.

Actione finium regundorum. Die Actio finium regundorum ist eine Actio mixta, und entsteht erst ex ista Communione, oder vielmehr ex isto Condominio, welches ex Confusione finium entsteht. Denn wenn die Gränzen weg sind, so werden die Eigenthümer der vorher abgetheilten Ländereyen, die vorher durch die Gränzen unterschieden waren, als Mitherren von allen diesen Ländereyen zusammengenommen angesehen. Aus dem Miteigenthum aber entspringt eine Actio realis, daher ist die Klage, die daher rühret, auch dinglich. Allein wie diese Communio einen quasi Contractum bewirkt, also entsteht auch diese Actio finium regundorum zugleich ex quasi Contractu. Da aber eine Klage, die ex quasi Contractu entsteht, personalis ist, so ist diese Actio finium regundorum zugleich personalis, und also, weil sie realis und personalis zugleich ist, Actio mixta. Woraus leicht ersichtlich ist, wohin diese Klage geht. Sie ist erstlich zur Theilung gerichtet, denn darinn kömmt sie mit der Actione communi dividundo überein, nämlich diese agros confines, und nunmehr zusammengeworfene, zu theilen, und zwar entweder nach den alten, oder nach neuen Gränzen. Weil jedoch die inzwischen gezogenen Nutzungen auch gemein sind, so kann man auch hac Actione finium regundorum auf Mittheilung derselben klagen. Sodenn wenn einer Schaden thut, muß er auch diesen in der gemeinen Sache zugefügten Schaden ersetzen. Daher geht auch die Actio finium regundorum darauf, daß ein jeder von denjenigen Herren, deren ihre Aecker in Gränzverwirrung gekommen sind, gänzlich schadlos gehalten werden möchte, damit es im Erfolge so viel ist, als wäre keine Confusio finium geschehen. Man muß hiebey nicht meynen, als gehörte diese Actio ad praedia rustica nur allein. Z. B. hinter meinem und des Nachbars Hause sind zwey Gärten, welche uns gehören, hart an einander stoß n, und nur mit einem Zaune unterschieden sind. Dieser nun ist Alters halber umgefallen, wir zanken uns alle beyde, wer ihn soll bauen lassen, unterdessen gräbt mein Nachbar ein Stück Erde von meinem Garten ab. Hier hat eben diese Klage statt. Diese Klage kann auch utiliter angestellt werden zwischen Pastoren, wenn ein Pfarrer in des andern Kirchsprengel gehen, und Actus Parochiales verrichten, folglich ihn um seine

Sporteln bringen will. Bey den Römern war etwas besondres, daß sie auf ihren Aeckern Spatia hatten. Es war nämlich zwischen zwey Aeckern allemal ein Raum, und der Raum muste allemal fünf Schuh breit seyn, damit die Aecker sich von einander leicht unterscheiden ließen, und nicht leicht die Herren der benachbarten Aecker in Streit und Zank mit einander verfallen möchten. Dadurch aber, daß man auf diesem Wege, der doch fünf Schuh breit war, mit Pflug und dergleichen ausweichen, und sich wenden könnte, geschah es öfters, daß einer von dem spatio 5 pedum, von welchem Alciatus besonders geschrieben hat, was abgepflügt hatte, da dann diese Actio finium regundorum gegen einen solchen statt gefunden hat. Allein nach dem Lege 5 Codicis hujus Tituli ist vom Justinian verordnet worden, daß Actio finium regundorum nicht nur in dem Falle, sondern auch in dem statt haben solle, da einer dem andern von dem Seinigen etwas abpflügt, in welchem Falle ehemals Rei Vindicatio statt gefunden. Dieser Lex 5 ist ein sehr schwerer Lex. Es hat Noodt besonders darüber commentirt, Jacob Gothofredus aber ihn am allerdeutlichsten und zwar kurz erklärt. Wenn man nun allda nachschlägt, so findet man, daß vermöge dieser Erklärung die Actio finium regundorum auf beyde Fälle geht. Sie ist auch viel leichter anzustellen, als Rei Vindicatio, denn ich darf nur erweisen, die Gränzen der Ländereyen seyen verlohren gegangen. Es kann nun aber manchmal auch geschehen, daß einer dem andern etwas Dolo abpflügt, oder über die Gränzen hinauspflügt. Dieser Fall aber gehört eigentlich nicht hieher. Denn da kann zwar auch gegen ihn geklagt werden, aber nicht ex quasi Contractu, sondern es wird gegen ihn ex delicto vel vero, wenn er es mit Vorsatz gethan hat, oder ex quasi delicto geklagt, wenn er es aus Nachläßigkeit gethan hat, und kann man alsdann auch extraordinarie, nämlich criminaliter, d. i. auf eine Strafe gegen einen solchen, der dolose dergleichen Gränzen verrückt hat, klagen. Jedoch wenn einer dolose übergepflügt hat, kann ich auch Rei Vindicatione das Meinige wieder fordern, und an einigen Orten muß er für jede Furche einen Goldgulden geben. Wenn es nicht möglich ist, die Gränzen einzurichten, so muß einer dem andern fürs Geld etwas von seinem Acker abtreten, wozu er vom Richter gezwungen werden kann. Welches auch dann statt hat, wenn die Felder durch deutlichere Gränzen, als ehehin, unterschieden werden können. Sonst ist man hierinn um desto behutsamer gewesen, weil keine Streitigkeiten heftiger und schwieriger, als Gränzstreitigkeiten sind. Daher wäre eben auch gut, wenn man vernünftige Leute dazu nähme, wie die Agrimensores bey den Römern waren, wohingegen heut zu Tage manchmal eben keine sonderbare Leute bey Gränzstreitigkeiten gebraucht werden. In Ländern aber, wo alles wohl eingerichtet ist, pflegen doch auch öfters die allergescheidesten

Leute

Leute zu Berichtigung der Gränzstreitigkeiten gebraucht zu werden, und verläßt man sich nicht auf manchmal sehr einfältige Ausmesser. Diese Klage heißt auch judicium duplex, weil sowohl Kläger als Beklagter dieselbe anstellen können. Doch bleibt allezeit derjenige Kläger, welcher seine Klage zuerst vorträgt. Sollte es aber geschehen, daß beyde zu gleicher Zeit klagten, so muß man sie loosen lassen, welcher Kläger, oder Beklagter seyn und heissen solle. Oettinger hat de Jure limitum sehr praktisch geschrieben.

§. 26.

Annahme der Schiffsfracht, *Receptio in navem*, ist auch ein quasi Contractus. Wenn nämlich ein Wirth oder ein Schiffmann jemand nebst seinen Sachen aufnimmt, so contrahirt er quasi, und obligirt sich durch dieses, daß derjenige, welchen er aufnimmt, völlige Sicherheit in Ansehung seiner gebrachten Sachen haben soll, ob sie gleich nicht miteinander deswegen etwas ausdrücklich verabreden. *Nauta* heißt daher auch nicht nur ein Bootsknecht, der auf dem Schiffe arbeitet, sondern Schiffskapitän, gleichwie auch Stabularius heißt, der Stallung für die Pferde vermiethet. Wenn man nun auch gleich nicht zu einem Wirthe sagt, er soll einem die Sachen verwahren, genug, daß er sie aufgenommen hat, so wird er doch ipso facto receptionis obligirt, denn eo ipso verspricht er einem Reisenden auch alle Sicherheit dadurch, blos, daß er öffentlich einen Wirth vorstellt, oder sich für einen Wirth ausgiebt, daher er auch sein Zeichen hat. Solchergestalt müssen auch Reisende sicher seyn, und sich auf seine Treue verlassen können. Allein eben das erfordert, daß, wenn ein Wirth obligirt seyn soll, er ein öffentlicher Wirth ist, und nicht nur diesen oder jenen aus Gastfreundschaft aufnimmt. Es ist dieses zur Sicherheit der Reisenden, die sich auf dergleichen Leute Treue verlassen müssen, eingeführt worden. Eben daher findet es auch nicht bey andern statt. Wenn einer z. B. in einem öffentlichen Wirthshause sich eingemiethet hat, so kann er sich desselben nicht bedienen, und schon wegen der Aufnahme verlangen, daß ihm der Wirth für alles stehen soll, sondern da ist es eben so viel, als wenn ihn der Wirth nur beherbergte, und was er also für Sicherheit da verlangt, die muß er verabreden. Hingegen ist ein großer Unterschied, ob einer von dem andern vermöge des miethsweisen Versprechens oder aber wegen bloser Annahme eine Sicherheit verlangen kann, denn bey der Locatione Conductione prästirt man nur Culpam levem, hier aber muß omnis Culpa prästirt werden, ja auch einigermassen der Zufall, denn wenn z. B. einem im Wirthshause ein Koffer wegkömmt, den er eingebracht hat, so muß ihn der Wirth wieder schaffen, oder muß ihm den Werth von allem, was wegkömmt, erlegen. Man muß demnach sich wohl vorsehen, daß

man der Culpae nicht Erwähnung thue, sonst ist es Locatio Conductio. Ich muß z. B. sagen: ich habe im römischen Kayser eingekehrt, und es ist mir allda mein Koffer weggenommen worden. Da nun der Wirth für alles stehen muß, so bitte ich, ihn dahin anzuhalten, daß er mir entweder den Koffer wieder schaffe, oder für alles, was darinnen ist, die Entschädigung leiste. Für ganz zufälliges Unglück kann er nicht haften, denn das ist ihm auf keine Art beyzumessen. Wenn z. B. ein Fremder in einer blos zufälligen Feuersbrunst, wodurch das Wirthshaus auch im Rauch aufgegangen ist, verlohren hat, so kann der Reisende von dem Wirth nichts fordern, denn er verspricht ihm facto receptionis blos dafür zu stehen, daß ihm mit seiner Schuld nichts wegkommen soll. Das erfordert eben auch, daß der Wirth weiß, was man eingebracht hat, für das, wovon er nichts weiß, was eingebracht worden ist, darf er auch nicht stehen. Wenn daher auch einer in ein Wirthshaus Sachen gebracht, und sie an ungewöhnliche Oerter, z. B. in den Hof oder Stall, wo nicht gebräuchlich ist, dergleichen Sachen zu verwahren, hingelegt hätte, und man also nicht annehmen kann, daß der Wirth darauf Acht geben wird, so kann man wieder nicht von dem Wirth verlangen, daß er einem dafür stehen soll. Man darf zwar nicht selbst dem Wirth die Sachen in die Hände geben, ihm auch nicht die Sachen, die man im Koffer hat, zeigen, genug, daß man ihm die Kiste zeigt, oder, wenn man sie ihm auch nicht zeigt, daß man sie an einen solchen Ort hinthut, wo dergleichen Sachen pflegen verwahrt zu werden, denn da hat man auf seiner Seite alles gethan, und fällt, wenn etwas wegkömmt, alle Schuld auf den Wirth, daß er nicht besser für die Sicherheit der Gäste gesorgt hat. Es ist auch nicht nöthig, daß man es gerade selbst dem Wirthe liefert, sondern es ist genug, wenn man es denen, die er zur Bedienung der Gäste gebraucht, wenn man es z. B. dem Hausknecht giebt. Hier wird die Regel gar wohl angewendet: quod quis per alium facit, ipse fecisse censetur. Wenn also durch den Hausknecht etwas von der Gäste Sachen wegkömmt, so ist es so viel, als wenn es durch den Herrn selbst weggekommen wäre, und muß er dafür stehen. Wenn hingegen einer aus Bekanntschaft dem Hausknecht etwas für sich aufzuheben giebt, und es kommt nachmals weg, so darf der Hauswirth nicht dafür stehen, sondern der Gast muß sich gerade an den Hausknecht halten. Wobey aber zu unterscheiden ist, ob sich der Wirth vor oder nach der Annahme geweigert hat, solche Sachen aufzubehalten. Hat er sich gleich Anfangs geweigert, so ist er nicht gehalten, wenn auch gleich der Gast widersprochen hat. Er mag sichs beymessen, daß er in einem solchen Gasthofe eingekehrt ist. Hat aber der Wirth die Sache anfänglich angenommen, nachher aber erst sich dagegen verwahren wollen, so hilft es ihn nichts, sondern er ist gehalten. Eben deswegen wird der

Haus-

Hauswirth von der Verantwortung nicht frey, wenn er dem Gaste die Schlüssel zur Gaststube übergiebt, und nachgehends etwas aus selbiger von des Gasts Sachen wegkommt, denn er giebt ihm nur die Schlüssel deswegen, daß er frey auf- und zuschließen könne. Alles dieses fließt aus der Annahme, welche der Praetor dergestalt angesehen hat, daß dadurch ein Wirth sich verbindlich mache, den Fremden völlige Sicherheit zu verschaffen. Daher er auch ein besonderes Interdictum de Recepto ertheilt hat, woher eine besondere Klage entstanden ist.

§. 27.

Es heißt solche Actio de Recepto auch bisweilen de *receptis*, ist also eine Actio Praetoria, die ex quasi Contractu, der Aufnahme ins Schiff, Gasthof oder Stall herfließt, kraft der also gegen einen Wirth, der eines Fremden Sachen aufgenommen, im Fall er nämlich davon etwas verlieren sollte, dahin geklagt werden kann, entweder daß er alles wieder ersetzen, was weggekommen ist, oder den Werth dieser verlohrnen Sache erlegen solle. Das ist die ganze Absicht bey der Actione de Recepto, und sieht man also leicht, daß der Grund derselben auch bey Fuhrleuten, Postmeistern, statt findet, denn auf deren Treue muß man sich ebenmäßig verlassen können, wie auf die Treue eines Wirths. Der Handlung halber müssen auch sie ebenfalls den Reisenden völlige Sicherheit verschaffen, ohne daß man nöthig hat, mit ihnen etwas besonderes darüber abzureden. Genug daß sie die Sachen aufgenommen haben, um sie zu versenden, dadurch versprechen sie ipso facto receptionis den Herren derselben völlige Sicherheit, wie denn auch Stryck in Tr. de Investig. Act. behauptet hat, daß die Actio de Recepto statt finde wider die Postmeister, die Fuhrleute, wo hingegen andere meynen, daß diese Klage gegen diese nicht Platz greife, und als etwas gehässiges auf sie nicht erstreckt werden könnte. Wenn aber der Grund dieser Klage ganz deutlich ist, so lassen die Odiosa, wie aus obigem bekannt ist, wohl eine Ausdehnung zu. Strycks Sohn, der auch Professor war, als er zu Leipzig heyrathete, gab einen Koffer einem Kutscher nach Leipzig mitzunehmen. Unterwegs schnitt solchen ein Spitzbube ab. Der Kutscher hat dafür nicht stehen wollen, es haben ihn aber die Jenaischen, Frankfurtischen, Wittenberg- und Rintelischen, Helmstädt- Leipziger und Erfurtischen Urthel dazu verurtheilt. Man hat hiebey nachzuschlagen Lauterbachs Tractationem Synopticam ad Tit. de Nautis et Stabularius.

§. 28.

Die Bevestigung des Kriegs Rechtens oder Einlassung auf die Klage (*Litis Contestatio*) ist auch eine Art der quasi Contractuum. Sie heißt diejenige

Hand-

Handlung, wodurch man sich in einen Proceß auf die Klage einläßt, und ist also nichts anders, als eine Antwort auf die Klage des Klägers, und sagt man, man habe sich auf die Klage eingelassen. Wer sich aber mit dem Andern auf eine erhobene Klage einläßt, der verspricht eben dadurch, mithin stillschweigend, seinem Gegner dasjenige, was ihm durch die Urthel wird erkannt werden, oder das Judicatum zu erlegen. Daher macht freylich wieder diese Litis Contestatio einen quasi Contractum, und ist es so viel, als wenn die streitenden Theile mit einander contrahirten, daß einer dem andern das Judicatum bezahlen wolle, denn sonst hätte er sich nicht in den Proceß einlassen dürfen. Wenn sich einer in Streit einläßt, daß er z. B. eine Wiese besaß, und ich dachte, er wäre Herr derselben, er contestiret litem, wird aber hernach dahin angehalten, daß er mir die Wiese abtreten soll, er wollte aber sagen, er sey nicht Dominus, so muß er das Judicatum prästiren, die Wiese mag ihn angehen oder nicht, denn er hat quasi contrahirt. Dieser quasi Contrakt nun hat große Wirkung, denn es entsteht ein ganz neues Recht daraus, das man vorher nicht hatte. Wenn z. B. eine Klage aus dem Verbrechen entsteht, und es ist Lis contestirt, oder, wie man sagt, der Krieg Rechtens bevestiget, so entsteht sodann eine Actio ex quasi Contractu. Ist vorher also Actio nur temporalis gewesen, so wird sie dadurch perpetua, und dauert 30 Jahre lang. Wenn der Kläger post Litis contestationem drey Jahre seine Klage liegen läßt, so hat er hernachmals noch dreyßig Jahre Zeit, binnen welcher er aber sie wieder hervorsuchen und fortsetzen muß, sonst ist sie verlohren. So auch, wenn sie sonst nicht gegen die Erben statt gefunden hat, so findet sie nunmehr auch gegen dieselben statt. Denn der quasi Contractus geht, wie der verus Contractus, auch auf die Erben, da es sich überhaupt, wie aus obigem bekannt ist, bey den quasi Contractibus wie bey den Veris verhält. Hieraus entspringt denn Actio Judicati, die ein Judicatum voraussetzt. Wie nun Judicatum eine Urthel voraussetzt, welche durch die Remedia suspensiva nicht suspendirt worden ist, also ist auch diese bey der Actione Judicati vorauszusetzen. Denn wenn sie durch die Remedia suspensiva suspendirt worden ist, z. B. durch die Appellation, so wird kein Judicatum daraus, sondern alsdann sagt man erst, daß die Urthel die Kraft Rechtens beschritten habe, wenn binnen zehen Tagen die Appellation nicht dagegen eingewendet worden ist. Ist aber ein solches Judicatum oder Res Judicata vorhanden, so kommt es alsdann zur Vollstreckung der Urthel. Daher kömmt diese Klage nach gegenwärtiger Gerichtsverfassung wenig vor, sondern man ruft den Richter an, die Execution zu beschließen. Ein rechtskräftiges Urthel muß vollstreckt werden, wenn der Kläger darum bittet. In Sachsen kömmt er mit einem Memorial ein, und bittet, man möchte an Reum ein praeceptum executivum ergehen lassen wegen der Schuld, bey

Ver-

Vermeidung der Execution. Und zwar ist nicht ohne Grund die Imploratio officii Judicis an die Stelle der Actionis Judicati getreten. Denn bey den Römern wurden eben dadurch die Händel ewig, da aus der Re judicata Actio judicati und aus dieser wieder eine neue Klage entsprang.

Drittes Buch.

Tit. XIX.

De

Actionibus ratione gestorum ab aliis contra nos competentibus.

§. 1.

Wie geht es an, daß man aus einem von einem Andern geschlossenen Contrakte belangt werden kann? Das kann nicht anders angehen, als in so weit man mit seinem Willen dabey eintritt, denn es ist hier der Contractus ein mutuus Consensus, wenn also der Wille eines Andern mit eintritt, so ist es so viel, als wenn er den Contrakt selbst geschlossen hätte. Daher ist es ein Rechtsgrundsatz: So oft zu einem Contrakte eines Dritten Einwilligung hinzukömmt, so oft wird dieser Contrakt in Rücksicht des Dritten für seinen eigenen, und nicht einen anderwärtigen gehalten. Nun können viele Fälle sich finden, wo ein Contrakt, den ein Anderer eingegangen hat, für den unsrigen zu halten ist, wenn er von einem Andern auf unsern Befehl geschlossen worden ist, denn da wird derselbe für unsern Contrakt, wegen unsers Geheißes, gehalten.

§. 2.

Daher giebt es eine Klage, die *Actio quod jussu* heißt, und statt findet, wenn auf Geheiß des Vaters oder Herrn der Sohn oder Knecht einen Vertrag eingegangen hat. Man hat hier kein Mandatum anzunehmen, da solches nur bey einem Dritten, unsrer Gewalt nicht Unterworfenen, statt findet. Befehl (Jussus) hingegen ist die vor dem Contrakte gegebene Einwilligung, mit der Herrschaft verbunden. Z. B. der Vater giebt seinem Sohne ein peculium, Geld in die Hände, daß er damit handthieren soll, der Sohn nimmt in Ansehung dieses Geschäfts bey einem andern Waaren, oder auch Geld auf, weil es die Administratio peculii, der Handel erfordert, und zwar auf ausdrücklichen Befehl seines Vaters, so ist der Contractus mutui, oder auch der

Contractus Emtionis Venditionis für einen Contrakt des Vaters oder Herrn selbst zu halten, und kann also daraus vorerst gegen den Sohn, welcher wirklich contrahirt hat, nachher aber auch gegen den Vater geklagt werden, propter Jussum, um dessentwillen der Contrakt auch als sein Contrakt anzusehen ist. Daher wird bey der Actione quod jussu blos die Actio, welche ex Contractu filii entsteht, auf den Vater erstreckt, und bekommt nur einen andern Namen, wenn z. B. der Sohn auf Befehl seines Vaters etwas gekauft hat, so entsteht ex hoc Contractu Actio Emti Venditi weil nun diese Emtio Venditio anzusehen, als wäre sie von dem Vater selbst eingegangen, so wird auch um deswillen Actio Emti Venditi auf den Vater mit erstreckt, und heißt nur mit einem andern Namen Actio quod jussu, da ist der Sohn ex Contractu, der Vater ex Jussu obligirt, daher auch ausser dem Contrakt der Befehl als der Klagegrund anzuführen ist. Heut zu Tage hat diese Klage anwendungsweise (utiliter) auch dann statt, wenn jemand, der unserer Gewalt eigentlich unterworfen ist, auf unsern Befehl mit einem Dritten contrahirt. Daher wird aus solchen Contrakten der Ehefrau oder des Bedienten der Ehemann oder Herr verbunden. Es heißt diese Actio *adjectitiae qualitatis*, denn die Hauptklage, die man anstellet, ist z. B. Actio Emti Venditi, Locati Conducti, der man beysetzt, quod Jussu, also Actio Locati Conducti quod Jussu. Denn der Sohn schließet für sich den Contrakt, wie auch die Frau. Wenn aber der Sohn als ein Bothe von seinem Vater mit einem eine Sache in Richtigkeit bringt, so schließet er nicht für sich den Contrakt, sondern der Vater thut es durch den Sohn als seinen Bothen, und daher wird aus dem Contrakt gegen ihn geklagt.

§. 3.

Es kann ferner seyn, daß einer zu des Andern seinem Besten contrahirt, folglich der Andere seine Einwilligung vermuthlich dazu ertheilt, da ist der Contractus auch für einen selbst geschlossenen Contrakt zu halten, wegen Verwendung der Sache zu seinem Besten, propter Versionem in rem, weil nämlich dasjenige, was verwandt worden, zu seinem Besten verwandt worden. Z. B. Nevius hat einen Administratorem über seine Sachen angenommen. In Ansehung dieser Sachen aber hat er Ausgaben, und muß dazu Geld aufnehmen. Er nimmt also Geld auf bey dem Nevius, um z. B. die Dächer ausbessern zu lassen, so hat er zwar keinen Befehl zu diesem Contrakt, hingegen verwendet er doch alles zum Besten seines Principals, solchergestalt kann er desselben Willen voraussetzen, und ist es wie bey der Actione quod Jussu, denn der zu vermuthende Wille hat eben den Erfolg, den der ausdrückliche hat, mithin kann auch wieder aus einem solchen Anlehen geklagt werden, erstlich zwar gegen den Geschäftsbesorger,

aber

aber auch gegen den Principal, und da heißt die Actio, Actio de in rem verso, als gegen den Vater, hingegen wider den Sohn ex isto Contractu. Condictione certi kann Mevius im gegebenen Falle den Verweser belangen, denn er hat das Geld bey ihm aufgenommen. Weil aber das Geld zu des Principals Besten verwandt worden, so kann er auch diesen Principal oder den Dominum belangen, da denn diese Condictio certi Actio de in rem verso heißt. Daher ist dieses nur wieder eine besondere Eigenschaft der Klage, die aus einem zwischen andern geschlossenen Vertrag entsteht, und heißt daher gleichfalls Actio adjectitiae qualitatis. Die Versio in rem muß erwiesen werden, und in soweit bekommt einer das Geliehene wieder. Doch sieht man nach dem L. 3. §. 6. D. de in rem verso nicht darauf, ob dem Dritten, z. B. dem Vater, Principal, das Aufgewandte zu Nutzen gegangen ist oder nicht, sondern allein darauf, ob es auf desselben Geschäft verwandt worden ist. Eine erwachsene Tochter führet des Vaters Haushaltung, er verreiset und hinterläßt ihr 20 Rthlr., bleibt aber wider alles Vermuthen länger aus. Da hat sie die 20 Rthlr. für Unterhalt und andere Nothdurft ausgegeben, mithin borget die Tochter anderwärts noch 20 Rthlr. Da kann der Creditor wider den Vater Actionem mutui de in rem verso anstellen, und versio in rem hier leicht bewiesen werden, da sonst diese Klage wegen des schweren Beweises selten angestellt wird.

§. 4.

Actio de peculio heißt diejenige, welche gegen den Vater statt hat, in Ansehung eines wegen des Peculiums von dem Sohne ohne väterliches Geheiß oder erweißliche Nutzanwendung geschlossenen Vertrags. Da kann also der Vater allein deswegen belangt werden, weil er dem Sohn ein Peculium gegeben hat, denn eben dadurch willigt er auch in Contractus, welche ratione peculii celebrirt werden, hier aber consentirt er weiter nicht darein, als das Peculium geht. Deswegen heißt es, er kann durch diese Klage nur *peculiotenus* belangt werden, d. i. in so weit, als das Peculium zureicht. Weil nun dergleichen Peculia profectitia heut zu Tage selten mehr vorkommen, und anderer Peculiorum wegen diese Klage nicht angestellt wird, so ist auch diese Actio de peculio bey uns selten mehr in Vsu. Diese Actio ist ebenfalls keine separata species Actionum, sondern nur eine adjectitia qualitas, welche so lange dauert, als das Peculium währet.

§. 5.

Ferner haben wir auch Actionem *exercitoriam*. Es setzt diese als bekannt voraus, was Exercitor und Magister navis ist. *Exercitor* heißt derjenige, wel-

dem

welchem die Einkünfte aus einem Schiffe zustehen, es mag ihm das Schiff eigenthümlich seyn, oder er mag es nur gemiethet haben, so heißt er Exercitor, sonst auch Schiffspatron, Schiffsherr. *Magister navis* aber heißt derjenige, dem die Sorge für das Schiff aufgetragen worden, z. B. Schiffskapitän. Z. B. Ein Kaufmann, der nach Lissabon fahren will, miethet ein Schiff von einem Schiffer, und setzt seinen Diener oder Faktor zum Magistro navis, dieser nimmt Leute mit ins Schiff ingleichem Ladung ꝛc. In diesem Falle gehört das Geld, so dafür einkömmt, dem Kaufmann und wird dieser Exercitor genannt. Nun wird manchmal etlichen eine solche Sorge für das Schiff aufgetragen, oder manchmal die Sorge für das Schiff unter sie vertheilt, daß einem z. B. das Schiff zu führen, dem andern hingegen zu contrahiren aufgetragen wird, wenn etwas zum Behufe des Schiffes nöthig wäre. Es giebt auch manchmal viele, die ein Schiff halten, plures Exercitores. Ein solcher Exercitor navis ist ein Mandans. Was daher oben bey dem Mandato vorgekommen ist, findet auch hier seine Anwendung. Gleichwie der Mandans und Mandatarius Eine Person vorstellen, also stellen auch der Magister navis und der Exercitor Eine Person vor, daher ist der Contractus des Magistri navis für des Exercitoris Contrakt zu halten. Das kommt vom Aufstellen, a praepositione, her. Diese Praepositio geschieht freywillig. Daher kann sie auch mit Bedingungen geschehen, welche *Lex Praepositionis* heissen, folglich kann der Contractus Magistri navis pro Contractu Exercitoris nicht gehalten werden, als wenn jener nach dem Lege Praepositionis contrahirt hat. Wie nun aber dieser Lex praepositionis lautet, läßt sich nicht blos errathen, sondern man muß sich, wenn man es wissen will, die Ordre (denn so heißt Lex praepositionis) vorzeigen lassen, damit der Magister navis nicht gegen seine Ordre handeln möge, denn wenn man mit ihm über seine Ordre contrahirt, so contrahirt man mit ihm nicht qua Magistro navis, und im Namen des Exercitoris, mithin kann man sich hernach nur an ihn halten. Es ist also klar, daß es eine Klage geben müsse, welche aus diesem Contrakt mit dem Magistro navis auch selbst gegen den Exercitorem geht. Es hat der Exercitor, seu Magister navis zum Behufe des Schiffs, z. B. zur Ausbesserung allerhand einzukaufen, oder auch wohl gar Geld aufzunehmen nöthig gehabt, so wird hier zwar ein Contrakt mit dem Magistro navis eingegangen, der Contrakt aber wird selbst pro Contractu Exercitoris gehalten, weil er wegen der Präposition a Magistro navis getroffen worden ist. Woraus sogleich ersichtlich ist, daß der Lex praepositionis nicht immer ausdrücklich bestimmt seyn darf sondern auch stillschweigend da seyn kann, nämlich man nimmt an: alles, ohne welches der Schiffskapitän weder die Schiffahrt, noch die aufgetragene Handlung besorgen kann, ist demselben zu unternehmen gestattet. Z. B.

wenn

wenn ihm sein Geld aufgegangen ist, und er hat aus Noth Geld aufnehmen müssen, weil so ist das Schiff verdorben worden, und wohl gar darüber zu Grunde gegangen wäre, so hat er secundum Legem praepositionis gehandelt, und wird dadurch eben sowohl der Exercitor obligirt, als wenn er es ihm ausdrücklich aufgetragen hätte. Weil demnach doch der Magister navis wirklich einen Vertrag eingegangen hat, so entsteht auch gegen ihn Klage nach der Beschaffenheit des Contrakts, das heißt Actio directa, er hat z. B etwas zum Behufe des Schiffs gekauft, so findet gegen ihn Actio Venditi statt, hingegen eben diese Klage hat auch gegen den Exercitorem oder gegen den Schiffspatron statt, und da heißt sie blos Actio Exercitoria. Man verkauft z. B. einem Magistro navis für 800 Rthlr. Korn, 400 hat er bezahlt, 400 ist er noch schuldig. Bezahlt er sie nicht, so belangt man seinen Herrn, den Exercitorem navis, mit der Actione Exercitoria, weil er aus des Magistri navis Contractu obligirt worden, nam quod quis per alium facit, ipse fecisse putandus. Daher ist leicht zu ersehen, daß einer schlechterdings mit einem Magistro navis contrahirt haben müsse, wenn er diese Actionem Exercitoriam gegen den Exercitorem anstellen will, da jener blos derjenige ist, dem er die Seegeschäfte übertragen hat, denn das sind nicht die Ruder- oder Bootsknechte. Wenn einer mit einem Bootsknechte contrahirt, kann er sich Actione Exercitoria nicht an den Schiffspatron halten. Hiernächst muß er auch blos dem Schiffer etwas zum Behufe des Schiffs, und nicht in anderer Absicht geborgt haben. Wenn er ihm aber zum Behufe des Schiffs etwas geborgt hat, so ist genug, daß er nur gesagt, er borge es ihm zum Behufe des Schiffs, wenn der Schiffer es auch gleich zu eigenem Nutzen verwandt haben sollte, denn so behält er doch seine Klage gegen den Schiffspatron, indem man hier auf die Absicht sehen muß. Sonst wenn einer zu befürchten hätte, daß es ihm zum Schaden gereichen könnte, wenn der Magister navis mit dem ihm Geborgten schlecht umgienge, so könnte er sich Bedenken machen, mit ihm zu contrahiren. Damit man also sich kein Bedenken zu machen Ursache hat, Schiffern etwas zu borgen, so wird allemal die Actio Exercitoria gestattet, wenn man nur aus guter Absicht, nämlich zum Besten des Schiffs, contrahirt hat. Die Obligatio aber und Actio fallen dahin, wenn der Schiffskapitän sich vergangen hat, denn Verbrechen hat ihm der Patron nicht aufgetragen. Eine Ausnahme macht der Fall, wenn er in Ansehung seines Dienstes gefehlt hat. Z B. wenn der Magister navis den Zoll überfahren hat, und die Waaren darauf confiscirt werden, so ist der Exercitor auch verbunden, dafür zu stehen. Ferner wird der Schiffspatron auch aus derjenigen Leute Versehen, welche der Schiffskapitän auch ohne Vorwissen oder gar gegen des Patrons Willen substituirt hat, verbunden. Z. B. der Magister navis bleibt

zu London, setzt an seine statt einen andern über das Schiff, und giebt ihm Ordre, er solle sich des Schiffs annehmen. Was dieser Substitut verrichtet, muß der Exercitor auch für genehm halten, und ist dieses zum Besten der Schiffahrt und der Contrahenten verordnet worden.

§. 6.

Eine ähnliche Klage haben wir an der *Institoria*. Diese setzt voraus, daß man weiß, was *Institor* ist. Es ist aber Institor so viel, als Magister navis. Nur sind sie in Ansehung des Gewerbs, dem sie vorgesetzt werden, unterschieden. Ein Magister navis wird einer negotiationi maritimae, ein Institor hingegen einer terrestri vorgesetzt. Er heißt auch Faktor, bey einer Handlung, die zu Lande geführt wird, mithin ist nun die Frage, wie es hier zu halten ist? Antw. Auf eben die Weise, denn man macht keinen Unterschied, indem sich alles in Praepositione gründet, das ist auch hier der Grund der Klage, denn durch die Präposition, oder daß einer den andern seiner Handthierung oder seinem Handel vorgesetzt hat, hat der andere seinen Willen zu dessen Contrakten gegeben, und sind um dieser Präposition willen die Contrakte, die ein Faktor als Faktor eingeht, für Contrakte, die der Principal selber contrahirt hätte, anzusehen. Wenn daher der Faktor etwas kauft, so findet nicht nur gegen ihn, als gegen den, mit welchem wirklich contrahirt worden, eine Klage, sondern auch eine gegen den Principal statt, welches aber eben dieselbe ist, die gegen den Institorem oder Faktor Platz greift, z. B. Actio Emti, Venditi, und heißt nur Actio Institoria, weil sie gegen den Principalen angestellt wird. Man liefert einem Faktor für 800 Rthlr. Leder, 400 Rthlr. bezahlt er, die andern bleibt er schuldig, da kann man mit dieser Klage wider den Principal klagen, und die schuldigen 400 Rthlr. verlangen. *Hulderici Eubenii* Dissert. de Factoribus. Unterdessen muß auch hier wieder Lex Praepositionis genau beobachtet werden, was über dessen Innhalt hinausgeht, ist für keinen Contrakt des Principals anzusehen. Z. B. wenn in des Faktors Ordre nicht enthalten wäre, daß er ein Mutuum soll aufnehmen können, und er thut es doch, so handelt er contra Legem Praepositionis, und also handelt er hier nicht in Aufträgen des Principals, sondern in eigenem Namen. Deswegen kann auch das Mutuum pro mutuo ipsius Principalis nicht gehalten werden. Eben deswegen ist auch hier wieder nöthig, daß wenn einer mit einem Faktor handeln will, er sich seine Ordre vorweisen läßt, damit man sieht, ob er sich einlassen kann. Aber auch hier ist wieder Lex Praepositionis, vel expressa, vel tacita, und gründet sich dieser darinn, quod qui vult finem, etiam velle debeat media. Solchemnach findet Actio Institoria gegen den Principal eines Faktors statt, gleichwie Actio Exercitoria

ria gegen den Schiffspatron, und beyde gehen auf Erlangung der aus dem mit dem Magistro navis oder Institore eingegangenen Contrakt herrührenden Forderung.

§. 7.

Diesemnach hat man die Wahl, ob man lieber sich an den Institorem, oder an den Principal halten will, denn es sind beyde obligirt. Der Institor hat den Contrakt wirklich eingegangen, daher ist er verbunden, hingegen aber ist auch propter Mandatum seu Praepositionem der Principal obligirt, und also, weil beyde obligirt sind, hingegen die Obligatio nur auf das nämliche geht, so steht es einem frey, wen man belangen will. Hat man aber freylich von dem Faktor schon die Bezahlung erhalten, so kann man sie nicht noch einmal von dem Principal fordern, genug, daß man die Wahl hat. Nachdem man meynt, einmal geschwinder zu seiner Forderung zu gelangen, als das anderemal, nachdem stellt man die Klage entweder gegen den Principal, oder aber gegen den Institorem an, welches aber voraussetzt, daß der Faktor in der qualitate eines Institoris contrahirt, und sich z. B. unterschrieben habe: Ich N. N. Buchhalter bey dieser Handlung, denn wenn er so contrahirt, so contrahirt er in qualitate Institoris. Wenn der Institor in seinem Namen contrahirt hat, kann man auch nicht den Contrakt pro Contractu sui Principalis halten, und muß man auch lediglich sich an ihn wenden, denn wo ein Auftrag fehlt, da fällt auch die Klage gegen den Principal weg, wenn aber der Faktor in eigenem Namen contrahirt, so handelt er nicht ex Mandato, und also fehlt auch die Actio gegen ihn. Die Wahl aber hat auch nur so lange statt, so lange Institor und Magister navis in Bedienung stehen. Wenn einer sein Amt niederlegt, kann er nicht mehr belangt werden, sondern allein der Dominus. Es können aber auch Institor und Magister navis nach geendigter Verwaltung als Bürgen belangt werden, da sie allein belangt werden können, wenn sie für sich contrahirt haben.

§. 8.

Was ist hiebey Rechtens, wenn der Institor schlechtweg contrahirt hat, ohne nämlich zu sagen, daß er für seinen Principal oder als Faktor contrahire? Er hat z. B. für mich in Frankfurt für 1200 Rthlr. Tuch gekauft, ohne zu sagen, daß er es in meinem Namen kaufe, darauf aber wird er ganthmäßig. Habe ich das Eigenthum erlangt, oder muß ich in den Concurs hinein? Entweder hat der Institor die Sache gekauft, daß sie mir acquirirt werden soll oder nicht. Ersteres wird daraus erkannt, ob er es mit meinem Gelde gekauft, und mir geschrieben, daß er es gekauft und mir schicken wolle. Dießfalls habe ich

das

das Eigenthum erhalten, andern Falls, da er es gekauft, daß er es für sich haben wolle, habe ich es nicht erlangt, wenn er es auch schon für mein Geld gekauft, obwohl dieses eine Vermuthung für mich macht, ich muß also in den Concurs, im erstern Falle hingegen nehme ich das Meinige vorher weg. Es bestättigen solches L. 1. §. 20 de acquirenda vel amittenda possessione, nebst dem L. 13 de Donationibus, und L. 37 de acquirendo rerum Dominio, darinn gründet sich dieser Unterschied. Es kommt aber auch noch zu diesen Gesetzen die Regula Juris hinzu, daß alle Handlungen nach der Handelnden Absicht beurtheilt werden müssen. Endlich aber

§. 9.

wird auch noch erfordert, daß wenn der Institor soll belangt werden können, er noch Institor seyn müsse, denn wenn er kein Faktor mehr ist, sondern sein Amt abgelegt hat, so fehlt auch gegen ihn das Fundamentum Actionis, indem er nicht in eigenem Namen, sondern in der Eigenschaft eines Faktors contrahirt hat. Eben daher findet auch die Klage nicht mehr gegen den Principal statt, denn da hätte er ja auch den Regreß nicht mehr gegen den Faktor, mithin muß man so lange, als die Präposition oder das Mandatum zwischen dem Faktor und dem Principal währet, die Klage erheben, wenn man nicht darum kommen will. Belangt man den Faktor während seines Dienstes, so bezahlt er nicht aus eigenen Mitteln, sondern aus der Handlung.

§. 10.

Dabey fragt sich noch, wie es denn zu halten sey, wenn mehr als Ein Exercitor da ist, und wenn man Actionem Exercitoriam erheben will, ob sie nämlich das Beneficium divisionis entgegen halten können? Nach dem Jure Romano geht es nicht an, sondern da kann ein jeder von ihnen in solidum belangt werden, denn wer mit dem Magistro navis contrahirt hat, contrahirt mit Einem, oder als wenn nur unus Magister navis constituirt worden wäre, mithin wäre es unbillig, daß, da er nur mit Einem contrahirt hat, er nachher seine Klage, die er daher erlangt hat, sollte theilen, und sein Creditum so stückweise von mehrern Exercitoribus Actione Exercitoria eintreiben müssen. Zu Gunsten derer also, die mit Einem Magistro navis contrahirt haben, hat das Jus Romanum verordnet, daß ihnen das Beneficium divisionis nicht zustehen soll. Hingegen hat man doch in andern Orten das Gegentheil angenommen, z. B. in Holland stehet das Beneficium divisionis etlichen Schiffspatronen zu, wenn sie mit dieser Klage belangt werden, wie solches Hugo Grotius in Introductione ad Jurisprudentiam Batavam besonders angemerkt hat, allwo er

auch

auch die Ursache beygebracht, warum man in Holland davon abgegangen ist. Man hat nämlich allda mehr die Exercitores, als ihre Gläubiger begünstiget, und zwar um deswillen, damit sie sich kein Bedenken machen sollten, viel Schiffe zu halten, woran doch viel gelegen ist. Freylich aber, wenn man die Sache an und für sich betrachtet, so ist es billig, daß ein jeder in solidum haften müsse, denn wenn man auch die Absicht des Gläubigers ansieht, so hat er blos auf Einen gesehen, und hätte er gewußt, daß er hernach solche Schwierigkeiten bekommen sollte, und nur Stückweise das Seinige fordern müste, so würde er mit dem Magistro navis nicht contrahirt haben. Es dienet auch dazu, daß die Reisenden nicht so aufgehalten werden. Bezahlt Einer aus mehrern Exercitoren, so werden zwar nach dem römischen Rechte die Uebrigen frey, jedoch kann sich der Bezahler an die Uebrigen halten, und hiezu hat er die Actionem pro Socio oder communi dividundo.

§. 11.

Es kann einer an verschiedenen Orten Gewölber haben, z. B. ein Buchhändler kann einen Buchladen zu Frankfurt, und einen zu Straßburg haben. Diejenigen, die mit ihm contrahiren, entweder in Straßburg oder Frankfurt, borgen ihm in Ansehung seiner Boutike, die er an einem jeden dieser Orte hat, und also muß man sie vertheilen, wenn es zu einem Concurs kommen sollte, so daß z. B. die Güter, worauf Creditores blos gesehen haben, in Ansehung der Boutike zu Straßburg, nicht auch unter die Creditores, welche in Ansehung der Boutike zu Frankfurt geborgt haben, vertheilt werden können. Also muß freylich ein jeder Gläubiger in die Klasse zu stehen kommen, wohin die Boutike gehört, daß es demnach auch Fora particularia Concursus geben kann. Dieses Vorrecht heißt Beneficium *quasi separationis*, welches in der Billigkeit gegründet ist, daß einer aus demjenigen Vermögen, in dessen Rücksicht er geborgt hat, befriediget werde. Struv ist hier mit sich selbst nicht einig. In Jurisprud. Rom. G. For. pflichtet er dieser Meynung bey, in Synt. J. C. Exerc. 44 th. 66 behauptet er die gegentheilige.

§. 12.

Hier ist auch de Lege Rhodia de Jactu zu handeln. Die Leges Rhodiae überhaupt haben das Schiffswesen sehr wohl eingerichtet, so daß die Rhodier durch ihre Seefahrtsgesetze es sehr weit in dem Seewesen gebracht haben, welches die Römer bewogen hat, dieselben auch einzuführen. Ob daher gleich die Leges Rhodiae nur die Rhodier verbanden, so haben sie doch die Römer, wie wir das Jus Romanum, angenommen. Und so ist auch nachher geschehen, daß

die Teutschen und andere Völker die Leges Rhodias angenommen haben, weil sie bey dem Gewerbe so dienlich sind, um es im Flor zu erhalten. Beck hat diese Leges Rhodias colligirt, und Vinnius selbige mit einem Commentario illustrirt. Man findet aber auch noch andere Collectionen hievon z. B. bey Bynckershöck. Denn nachdem man bemerkt hat, daß die Leges Rhodiae so große Anwendung gefunden haben, so hat man sich bemühet, die Fragmenta derselben zu sammeln, damit man den Verstand dieser Gesetze desto besser möchte einsehen können. Wie wir denn auch noch heut zu Tage vielfältige Fälle haben, da es sehr auf die Anwendung solcher Rhodischen Gesetze ankommt, z. B. bey Fällen, die manchmal an juristische Facultäten von den Hanseestädten, z. B. von Hamburg, verschickt werden. Denn sie richten sich auch noch nach diesen Legibus Rhodiis, wo nämlich nicht das Jus Hanseaticum, oder Jura Statutaria, wie das Jus Hamburgense, etwas anderes verordnet haben sollten. Denn diese Gesetze gehen manchmal ab, und hat man öfters das Gewerbe noch mehr befördern können, wenn man von diesen Gesetzen abgieng, als wenn man dabey blieb, was z B. die Schätzung der ausgeworfenen oder erhaltenen Güter betrift. Ueberhaupt ist zu bemerken, daß dreyerley Jura Maritima sind, 1) Jus Rhodium, 2) Jus Wisbicense, 3) Jus Hanseaticum, von Hansa, Verbindung, nach welchem viele Seestädte Hanseestädte genannt worden sind. Ein besonderes Caput Legis Rhodiae handelt blos von dem Falle, da man, um das Schiff zu erleichtern, und also einen Schiffbruch zu vermeiden, etwas ausgeworfen hat, denn es geschieht manchmal, daß zur Erleichterung des Schiffes einige von den gefrachteten Waaren ausgeworfen werden. Da ist dann die Frage, ob die Uebrigen, die auch auf dem Schiffe Waaren haben, nicht etwas beytragen müssen? Wobey man die Ursache wohl zu bedenken hat, weil man, vermöge derselben dieses Caput Legis Rhodiae weiter auf andere Fälle ausdehnt. Wie denn Lauterbach eine ganze Dissertation de Extensione Legis Rhodiae geschrieben hat. Man kann aber diese Ausdehnung des Legis Rhodiae nicht verstehen und beurtheilen, wo man nicht den Grund des Gesetzes genau weiß.

Dieses Caput Legis Rhodiae de Jactu geht nun dahin, daß dasjenige, was, um ein Schiff zu erhalten, ausgeworfen worden, von allen denen, welche davon Vortheil haben, dem, der den Schaden hat, wieder ersetzt werden soll, das ist der Innhalt des Legis Rhodiae de Jactu. Es hat z. B. Mevius Waaren ausgeworfen, die sich auf 4 bis 5000 Rthlr. Werth belaufen. Nun ist dadurch sowohl das Schiff, als alles, was sonst noch darauf war, erhalten worden, so fragt sichs, ob nicht Mevius fordern könne, daß die Uebrigen zur Schadenersetzung etwas beytragen müssen? Antw. Ja, denn überhaupt soll sich keiner

ner mit des Andern Schaden bereichern, das ist selbst der Billigkeit gemäß. Nun würde sich aber einer mit des Andern Schaden bereichern, wenn derjenige, dessen Sachen ausgeworfen sind, daß das Schiff erhalten werden möchte, nicht den Schaden ersetzt bekommen, und die Andern zur Schadensersetzung angehalten werden sollten, sonst wären ja nicht nur ihre Waaren, sondern auch wohl gar sie selbst untergegangen. Es ist ja so viel, als wenn ihnen ihre Waaren wieder geschenkt würden, es wäre aber unbillig, da er seine Waaren missen muß, wenn er allein im Schaden stecken bleiben sollte, und die Andern pro rata ihm nicht diesen Schaden ersetzen müßten. Dieses pflegen die Juristen so auszudrücken: Damnum pro omnibus datum omnium quoque Contributione resarciendum est, oder der für alle Uebrigen erlittene Schaden muß auch von diesen verhältnismäßig ersetzt werden. Solche Contributio heißt nun Havaria, oder auch Avaria, Haverey, und zwar leiten es einige von Haab und Gut her, andere aber von dem Worte Haven, als in welchem das Verboth geschieht, daß keiner von denen, welche Waaren auf dem Schiffe haben, etwas wegbringen soll, bevor er denjenigen, der seine Waaren zur Erleichterung des Schiffs ausgeworfen, dafür schadlos halten helfen. Von welcher Haverey verschiedene Doctores geschrieben haben, und wovon man auch bey Grotius, nicht weniger bey Loccenius in Tractatu de Jure maritimo unterschiedliches findet. Es erfordert nun diese Haverey oder Contributio, daß der Schade von dem andern wegen des Wetters, ohne irgend eines Fahrläßigkeit, hat übernommen werden müssen. Wenn z. B. Sturm gewesen, und das Schiff hat erleichtert werden müssen, so rührt der Schade von der Auswerfung der Waaren her, und sieht man leicht, daß wenn etwa ein Schiffer sollte das Schiff zu viel beladen haben, deswegen also die Auswerfung der Güter nöthig gewesen, oder wenn er etwas im Fahren versehen hätte, z. B. an ein anderes Schiff gerennt wäre, so hat hier Lex Rhodia de Jactu nicht statt. Denn hier wäre der Schade der Fahrläßigkeit des Schiffers beyzumessen. Mithin müßte man sich auch dieses Schadens halber Actione Legis Aquiliae lediglich an ihn, oder auch an den Exercitorem halten, wie auch in dem Falle, wenn er noch nicht auf der See erfahren ist, und sich nicht zu helfen weiß, wenn das Schiff auf eine Sandbank, oder an eine Klippe stößt, daß er es wieder füglich fortbringen könnte. Wenn der Schiffer bey einem bevorstehenden Schiffbruche den Reisenden andeutet, man müsse etwas auswerfen, diese aber sich zanken, von wessen Waaren es genommen werden solle, so kann der Schiffer mit den Matrosen etliche Waaren erwischen, und sie über Bord werfen. Will nachher der, dem die Waaren gehören, sich darüber beschweren, so kann der Schiffer an dem Orte, wo er anländet, durch zwey seiner Matrosen durch einen Eyd erhärten lassen, daß die größte Noth vorhanden gewesen

sey. Eben so wenig ist nach diesem Gesetze die Klage auf Ersetzung des im Schiffe erlittenen Schadens gegründet, wenn z. B. das Wasser eingelaufen, nachdem die Wellen stark an das Schiff geschlagen, und Ritze verursacht haben, an Orten, wo es Waaren, z. B. Zucker, verdorben hat, indem dieses Gesetz einen solchen Schaden erfordert, der zur Abwendung eines Schadens von Andern hat geschehen müssen, und wodurch man also Andrer Nutzen zu befördern getrachtet hat.

§. 13.

Nun ist aber noch zu untersuchen, was für Güter zur Schadensersetzung beytragen müssen? Man sagt: Haverey geht über Schiff und Gut. Es müssen nicht nur die Convectores, sondern auch der Schiffsherr selbst beytragen, überhaupt müssen alle, denen an der Erhaltung des Schiffs gelegen ist, beytragen. Nun sind alle, die gefrachtete Waaren darauf haben, dabey interessirt, daß das Schiff erhalten wird, der Schiffmann ist selbst auch dabey interessirt, daß das Schiff conservirt wird, nicht nur in Ansehung seines Schiffs, sondern auch in Ansehung des Schifflohns. In Ansehung beyder also muß der Schiffmann gleichfalls beytragen. Ja es ist selbst auch dem Auswerfenden, weil er seine Waaren wieder ersetzt bekommt, daran gelegen, daß sie ausgeworfen werden, daher muß er selbst Verhältnismäßig zuschießen. Z. B. wenn die Uebrigen 1000 Rthlr. bezahlen müssen, so muß auch er davon übernehmen, oder wenn der Schade überhaupt angeschlagen worden, und auf einen jeden 1000 Rthlr. gekommen, so muß man auch ihm 1000 Rthlr. zurechnen. Der Fall kann sich so vorgestellt werden: Drey Kaufleute beladen ein Schiff, Cajus, dessen Waaren ausgeworfen worden sind, mit 100 Thaler Werth, Tirius für 500, Sempronius für 700 Thaler. Das Schiff ist für 150 Thaler, der Schifflohn für 50 Thaler angeschlagen. Nun fragt sich, wie muß jeder am Schaden beytragen? Die ganze Summe ist 1500 Thaler.

Nun diese 1500 Thaler haben durch den Auswurf Schaden erlitten 100 Thaler.

Diesen ersetzt	Cajus wegen seiner	100	Thlr.	mit 6	Thlr.	16 Gr.
	Tirius wegen	500	Thlr.	mit 33	Thlr.	8 Gr.
	Sempronius wegen	700	Thlr.	mit 46	Thlr.	16 Gr.
	Der Schiffseigenthümer fürs Schiff	150	Thlr.	mit 10	Thlr.	—
	Der Schiffer wegen seines Lohns	50	Thlr.	mit 3	Thlr.	8 Gr.
		1500		macht 100		

Es kommt auch hier nicht nur auf Sachen an, die das Schiff beschwert haben, sondern blos darauf, daß andere Sachen erhalten worden sind. Daher muß man nicht nur in Ansehung der schweren Sachen, sondern auch der leichten, z. B. der Juwelen, die auf dem Schiff gewesen und gerettet worden, beytragen, denn damit könnte man sich zuerst mit des Andern Schaden bereichern, wenn man seine Juwelen in einem Sturme rettete, wegen welcher der Andere seine Waaren auswerfen müssen. Man sieht demnach blos auf das, was gerettet worden ist. Weil man doch aber bey Ersetzung des Schadens darauf sieht, daß sich ein Anderer, dessen Waaren gerettet worden, mit dem Schaden des Auswerfenden bereichern könnte, so erfordert es auch solche Sachen, womit man sich bereichern kann. Dahin gehören nicht Eßwaaren, wenn z. B. einer Schinken bey sich gehabt hat, und solche dadurch gerettet worden, oder Proviant, welcher zur Lebensnothdurft gehört. Diese werden nicht in Anschlag gebracht, und so auch nicht die nöthigen Kleider, wohl aber Kleider, womit einer etwa eine Handthierung getrieben hat. Es fragt sich ferner, wie diese Sachen geschätzt werden? Denn man kann sie entweder schätzen, wie sie von den Herren gekauft worden, oder man kann sie anschlagen, wie sie an dem Orte, wohin sie haben gebracht werden sollen, ausgebracht werden könnten. Nach dem römischen Rechte machte man unter den ausgeworfenen und geretteten Sachen einen Unterschied. Was die ausgeworfenen Sachen anbetrift, so ist verordnet, daß diese nur nach dem Werth, wofür sie der Herr an sich gekauft hat, hingegen die erhaltenen nach dem Werth, wofür sie hätten ausgebracht werden können an dem Orte, wohin sie bestimmt waren, geschätzt werden sollen. Allein dieses ist nicht an allen Orten angenommen, denn Grotius in Introductione ad Jus Belgicum hat bereits angemerkt, daß in Holland ein Unterschied gemacht werde, ob der Weg an den Ort, wohin das Schiff gebracht werden soll mit den Waaren, bereits halb gemacht worden ist oder nicht. Ist er schon halb gemacht, so wird sodann kein Unterschied mehr zwischen ausgeworfenen und geretteten Sachen beobachtet, hingegen in andern Orten, wie nach dem Jure Wisbicensi, und dem zwanzigsten Artikel desselben, ferner nach dem Jure Hamburgensi wird gar kein Unterschied unter erwehnten Sachen gemacht, sondern es werden sowohl die geretteten, als die ausgeworfenen Güter nach dem Preise angeschlagen, wofür sie hätten an den Orten, wohin sie haben gebracht werden sollen, ausgebracht werden können. Das ist auch billiger, als was in andern Rechten verordnet ist, denn derjenige streitet ja de damno vitando, welcher Sachen ausgeworfen hat, die Andern aber, deren Sachen nicht ausgeworfen, sondern conservirt worden, de lucro captando, mithin wäre es unbillig, wenn der Herr der ausgeworfenen Waaren schlechter, als der Herr der erhaltenen

Waaren daran seyn sollte, denn es kann ja seyn, daß einer seine Waaren wohlfeil gekauft hat, sie aber, wenn er sie an Ort und Stelle gebracht hätte, sehr theuer hätte ausbringen können, gleichwie andere, welche sie hinbringen, sie theurer ausbringen.

§. 14.

Dieser Lex Rhodia de Jactu gilt nun nicht blos in dem Falle, wo Waaren ausgeworfen worden, sondern überhaupt, wenn einer, da etliche zusammen in gemeiner Gefahr gewesen sind, einen Schaden über sich genommen hat, um die Andern davon zu befreyen, z. B. wenn im Sturme der Mastbaum hätte abgehauen werden müssen, welches ein Schaden ist, der in gemeinschaftlicher Gefahr hat übernommen werden müssen. Daher auch die Ersetzung dieses Schadens von allen den Uebrigen, die einen Vortheil davon haben, gefordert werden kann, wie auch Struv sagt, es finde der Lex statt, wenn durch Verlust des Mastbaums, Ankers, Steuerruders, ein Schaden geschehen ist. Allein auch nicht nur in dem Falle findet Lex Rhodia statt, sondern überhaupt in allen Fällen, da zu Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr etwas aufgewandt worden ist, indem es billig ist, damit keiner sich mit des Andern Schaden bereichern möge. Das würde geschehen z. B. bey einer Feuersbrunst, wenn eines sein Haus hat eingerissen werden müssen, damit nicht eine ganze Gasse abbrenne. Daher derjenige, dessen Haus eingerissen worden, auf die Ersetzung dieses Schadens ex hac Lege Rhodia de Jactu dringen kann, indem auch hier einem ein Schaden zugefügt worden, damit andere nicht in Schaden kommen möchten, wodurch sie also einen Vortheil haben. Eben so setze man den Fall, daß die Vorstädte bey einer Stadt zur Zeit des Kriegs hätten abgebrannt werden müssen, so haben die in der Stadt wieder Vortheil davon, und greift auch wieder Ratio Legis Rhodiae de Jactu Platz. Daher kann man ex hac Lege Rhodia die Bürger in der Stadt auf die Mitentschädigung belangen. Gleichergestalt wenn den Seeräubern etwas hätte dafür gegeben werden müssen, daß sie ein Schiff wieder loslassen, oder sie hätten gewisse Waaren angesprochen, und dagegen versprochen, das Schiff wieder los zu lassen, so wäre es wieder ein Schaden, den einer zur Abwendung des Schadens von Andern erlitten hat, welcher auch wieder verhältnismäßig zu ersetzen wäre. Es wäre ein Schade, der von einem, um Anderer ihren Nutzen zu befördern, übernommen werden müssen, welchen diese der Billigkeit nach zu ersetzen gehalten wären. Ein feindlicher Trupp kömmt vor eine Stadt, und drohet, sie zu beschießen, wenn sie nicht innerhalb zwey Stunden 15000 Rthlr. schafften, da erbiethen sich reiche Bürger, solche zu geben, sie können also Actionem Legis Rhodiae de Jactu anstellen, daß die andern Bürger

ger auch beytragen sollen, damit ihnen die 15000 Rthlr. gut gemacht werden. Allein sie müssen auch etwas über sich nehmen. Ebenermassen wenn einer, um einen Durchmarsch abzuwenden, etwas hat bezahlen müssen, ist es ein Schaden, den er zu Abwendung der gemeinschaftlichen Gefahr übernommen hat. Hiebey ist nützlich Georg Werners Disput de Contributione propter Jactum, vulgo Havaria, zu gebrauchen, ingleichem Schottel in Tr. de singularibus et antiquis Juribus in Germania c. 21. §. 15.

Drittes Buch.

Tit. XX.

De quibusdam pluribus Contractibus communibus.

§. 1.

Es heißt Condictio Triticiaria oder Triticaria, wovon Strauch eine Dissert. geschrieben hat, diejenige Klage, wodurch man auf die Werthsersetzung dessen klagt, was in natura prästirt werden soll, aber nicht prästirt werden kann. Z. B. Es ist einem versprochen worden, daß ihm der andere so und so viel Mesten Korn liefern wolle, (woher, nämlich vom Getreide, Tritico, eben diese Klage den Namen der Triticiariae erhalten hat,) es kann aber dieses Korn wegen langen Verzugs, wodurch es ganz unbrauchbar geworden, in Natura selbst nicht mehr geliefert werden, so, daß es der andere nicht mehr ausbringen kann, wenn er z. B. ein Fruchthändler ist. Da kann er den andern ad aestimationem et ad Interesse belangen, und heißt dann diese Klage Actio Triticaria. Man verlangt also mit dieser Klage den Werth derjenigen Sache, über welche man contrahirt hat, und die entweder gar nicht mehr hergegeben oder aber wegen der Verzögerung aus einem gültigen Grunde anzunehmen verweigert wird. Diese Klage ist wegen des Unterschieds Contractuum bonae fidei et stricti Juris der Römer nöthig gewesen,

§. 2.

weil man nämlich aus den letztern oder den Contractibus stricti Juris nicht auf mehr, als was verabredet worden, hat klagen können. Denn davon ist ja nichts verabredet worden, daß der Werth dessen, was versprochen worden,

den, präſtirt werden ſoll, wenn es nicht geſchehen würde. Indeſſen war es doch billig, daher kam der Prätor denen, welche ein Verſprechen aus einem Contrakt erhalten hatten, dadurch zu Hülfe, daß ſie mit dieſer Klage zur Werthserſetzung und dem Intereſſe ſollten gelangen können. Daher dieſe Klage eine Actio Praetoria iſt, die ex Jure Praetorio, und zwar ex Edicto Praetoris herrührt, und ſo lautete: Wenn man Getreide, Oel oder Wein klagsweiſe fordert, ſo ſoll der Werth gerade ſo, wie in Contractu bonae fidei bezahlt werden, denn in Contractibus bonae fidei konnte man dieſes nach der Natur des Contrakts ſelbſt fordern. Wenn eine gewiſſe Zeit beſtimmt iſt, da das Geliehene wieder zurück erſtattet werden ſoll, es wird aber nicht geliefert, ſo wird auf das geklagt, was die Sache damals gegolten, da ſie ſollte wieder gegeben werden. Z. B. Wenn das Korn auf Oſtern wieder gegeben werden ſoll, es geſchieht aber nicht, ſo wird ad Intereſſe geklagt, Beklagter ſoll ſo viel zahlen, als es an Oſtern gegolten hat. In Anſehung der Verzögerung aber nimmt man den Anfang der Verzögerung bis auf die Einlaſſung auf die Klage und den in dieſer Zeit höchſten Preis als den zu leiſtenden Erſatz an. Es iſt alſo in der That Actio Triticiaria nichts anders, als eine Klage, welche demjenigen, der eine Sache, welche ſie auch ſey, ausgenommen das baare Geld, zu fordern hat, gegen denjenigen, welcher die zu leiſtende Sache zu rechter Zeit nicht übergeben oder zurückerſtattet hat, dahin zuſteht, daß dieſer ſo viel Intereſſe bezahle, als die Sache zu der Zeit, da ſie hätte übergeben werden ſollen, oder wenn dieſe Zeit nicht beſtimmt worden iſt, zur Zeit der Einlaſſung auf die Klage werth geweſen wäre. Das baare Geld iſt deswegen ausgenommen, weil ſolches ſchon den Werth für ſich beſtimmt. Doch geht dieſe Klage auf Denkmünzen und andres altes Geld.

Gleichergeſtalt verhält es ſich nun auch

§. 3.

bey der Actione *de eo, quod certo loco.* Dieſe heißt diejenige, wodurch man auf das Intereſſe klagen kann, das man deswegen hat, daß die Bezahlung am abgeredeten Orte nicht geſchehen iſt, denn manchmal wird abgeredet, wo die Bezahlung geſchehen ſoll. Z. B. Ich borge dem Mevius 1000 Rthlr., dinge mir aber aus, daß er mir dieſe Bezahlung in Hamburg auf die und die Zeit thun ſoll, er will mir ſie aber allda nicht bezahlen, gleichwohl iſt mir viel daran gelegen, weil ich gerade allda auf dieſe Zeit Geld nöthig habe, und es kommen kann, daß ich viel Verluſt habe, ſo kann ich all meinen verlohren gehenden Gewinnſt und verurſachten Verluſt, d. i. das Intereſſe in Anſchlag bringen, damit ich nicht durch des Andern Bosheit oder Nachläßigkeit darum komme. Da

fordere

fordere ich es nun durch eine Klage, welche Actio de eo, quod certo loco heißt. Deshalben muß ich in der Klagschrift von dem Orte, der verabredet worden, wo nämlich die Bezahlung geschehen soll, Meldung thun, damit der Richter das Interesse bestimmen kann. Diese Actio ist wieder um deswillen eingeführt worden, weil weder der Creditor noch der Debitor aus einem Contractu stricti Juris auf das Interesse klagen können, im Falle, da ich z. B. mir die Bezahlung in Hamburg stipulirt hätte, und sie allda nicht erfolgte, weil davon nichts verabredet worden, wie es gehalten werden soll, wenn nicht an dem verabredeten Orte die Bezahlung geschehen würde, da man in Contractu stricti Juris nicht mehr fordern kann, als was verabredet worden, auch der Richter nicht mehr zusprechen kann, als was verabredet worden ist. Es war demnach ganz etwas billiges, daß der Prätor noch eine andere Klage darüber eingeführt hat, so daß wieder die Condictio de eo, quod certo loco, eine Actio Praetoria ist. Man sieht aber gleich, daß wir beyde Klagen heut zu Tage nicht mehr nöthig haben, nachdem man alle Contrakte als Contractus bonae fidei hält, worinn auch dasjenige zuerkannt werden kann, was blos billig ist, wenn gleich nichts verabredet worden seyn sollte. Und deswegen kann man heut zu Tage auf den Werth dessen, was in einem Contrakt versprochen worden, in Natura aber nicht prästirt werden kann, aus jedem Contrakt klagen, und so kann man auch ad Interesse, daß die Bezahlung an dem bestimmten Orte nicht geleistet worden ist, aus jedem Vertrage selbst klagen. Sonst heißt diese Klage auch arbitraria, weil der Judex arbitriren oder ästimiren soll, wie hoch sich das Interesse belaufe. Bey den Contractibus bonae fidei war sie nicht nöthig, da solche auf alles, was gut und billig ist, folglich auch auf das Interesse wegen des Bezahlungsorts gehen. Z. B. ich hätte dem Titius hundert Säcke Wolle verkauft, er hätte in der Ostermesse zu Frankfurt mich zu zahlen versprochen, hält es aber nicht, so kann ich die Kaufsklage anstellen, weil es ein Contractus bonae fidei war, wo der Richter freyere Hände hatte. Sie heißt auch adjectitiae qualitatis. Ich habe von einem eine Quantität Rübensaat in Hamburg zu zahlen contrahirt, kömmt er nun hin, und will oder kann mir sie nicht geben, so stelle ich Actionem ex stipulatu an, kommt er aber gar nicht hin, so verklage ich ihn beym Richter seines Wohnorts, und stelle Actionem ex stipulatu, de eo quod certo loco an. Hier machen diese dazu gesetzte Worte keine neue Klage aus, sondern sind nur als eine adjectitia qualitas anzusehen.

§. 4.

handelt vom Edicto aedilitio. Die Aediles mußten bey den Römern das Policeywesen besorgen. Daher sie nicht nur für die Sicherheit auf den Stras-

sen, sondern auch insbesondere dafür sorgen mußten, daß die Sachen zum Verkaufe nicht mangelhaft seyn möchten, wie dieses in allen wohlbestellten Staaten seyn soll, daß man verhüten muß, daß die Waaren nicht fehlerhaft sind, daher es z. B heut zu Tage auch noch Fleisch- und Brodschauer giebt, die dafür sorgen, daß das Brod sein rechtes Gewicht behält, und auch sonst von gutem Getreide verfertiget wird, daß kein finnichtes Schwein verkauft werde, und was dergleichen mehr ist. Und zwar hat das Edictum aedilitium diese Absicht gehabt, nicht nur bey den Thieren, sondern auch bey leblosen Sachen zu verhüten, daß sie nicht fehlerhaft sind.

§. 5.

Es fragt sich also, was denn ein Fehler ist, um dessentwillen das Edictum aedilitium statt findet? Vitium heißt hier ein Mangel einer Eigenschaft, welche von Natur da zu seyn pflegt, oder nach dem Einverständnis vorhanden seyn sollte. Getreide ist gewöhnlich seiner Natur nach nicht wurmicht, das Schwein ist auch seiner Natur nach nicht finnicht, deswegen wenn an dem Getreide oder an dem Fleische ein solcher Fehler sich befindet, so ist es ein Vitium, und zwar kommen diese Vitia von der Natur her, weil eine natürliche Eigenschaft fehlt. Nun aber giebt es auch Vitia, die in Mängeln bestehen, welche keine Eigenschaften voraussetzen, die von Natur vorhanden sind, sondern die nur aus dem Vertrag hätten vorhanden seyn sollen. Wenn ein Gut das Jus Patronatus haben soll, daß nämlich der Besitzer desselben das Recht haben soll, Geistliche zu Kirchenämtern zu präsentiren, und einer versprochen hat, das Gut mit diesem Jure Patronatus zu liefern, sich aber nachher das Jus Patronatus nicht dabey befindet, so ist das ein Vitium, und man sagt: quod Res vitiose sit vendita. Da besteht aber das Vitium in einem Abgange einer Eigenschaft, welche nach dem Vertrag hätte da seyn sollen. Ausserdem haben wir auch solche Vitia, die im Abgange solcher Eigenschaften bestehen, welche nur gewöhnlich pflegen vorhanden zu seyn, dergleichen Vitia sind die Servitutes, wenn sie unbekannt auf einem Gute haften, denn gewöhnlich ist ein Gut frey und ledig. Deswegen wenn ein Praedium, welches mit Servitutibus beschwert ist, einem unwissend verkauft wird, so ist es pro vitioso zu halten, denn es mangelt eine qualitas daran, die gewöhnlich bey einem Praedio ist, und die man daher auch vermuthete, worauf man auch um so mehr sieht, wenn sie ist versprochen worden. Daher unterscheidet man auch die qualitates in naturales und expressas, ausdrücklich bestimmte, z. B. daß ein Gut von Servitutibus frey ist, das heißt eine qualitas expressa. Daß ein Gut das Jus Patronatus haben soll, heißt auch eine qualitas expressa. Das ist nichts gewöhnliches bey einem Gute, unterdessen

wird

wird doch darauf in Bestimmung des Kaufschillings gesehen, denn man giebt für ein Gut noch mehr, wenn das Jus Patronatus dabey, als wenn es nicht dabey ist. Nun ist es einerley, ob bey einem Gute eine qualitas naturalis oder expressa fehlet. Daher haben die Doctores mit Recht das Edictum aedilitium auch auf die leblosen Dinge ausgedehnt. Jedoch muß das Vitium nicht unbedeutend (leve) seyn, denn wegen einer Kleinigkeit kann man in Gerichten nicht Streit erheben lassen, zumal wenn es auf Vitia rerum venalium ankömmt. Wenn man um derentwillen wollte Klage erheben lassen, so würde man die Gerichte zu sehr mit Streithändeln überhäufen. Es heißt aber ein Vitium leve, um dessentwillen der Gebrauch nicht gänzlich gehindert wird, oder doch die Sache nicht viel am Werthe verliert. Ferner wird auch erfordert, daß das Vitium verborgen und innerlich sey, denn wenn das Vitium in die Augen fallend oder sonst sichtbar ist, so kann man sich nicht beschweren, sondern muß sichs selbst beymessen, daß man eine solche offenbar fehlerhafte Sache gekauft hat. Wenn einer gesehen hat, daß das Pferd lahm oder blind ist, und er hat es doch gekauft, so kann er sich nicht beschweren Ob aber ein Pferd staarblind ist, das ist nicht so leicht zu sehen, und wird für einen verborgenen Fehler gehalten. Im Gegentheile ob ein Schwein finnicht sey, ist kein versteckter Fehler, denn das kann man ihm an der Zunge ansehen, deswegen wird dergleichen Fehler halber der Kauf nicht aufgehoben, sondern da heißt es: Gieb ein andermal besser Acht. Wenn aber die verborgenen Fehler den Vertrag umstossen sollen, so wird ein Contractus onerosus dabey erfordert, und nicht lucrativus, denn es wird ein Schaden erfordert. Wenn aber einer eine solche fehlerhafte Sache unentgeltlich bekommt, so kann er sich über keinen Schaden beschweren, wie man denn sagt: Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul. Und zwar hat das Edictum aedilitium nicht allein beym Kauf, sondern bey allen Verträgen, wo das Eigenthum gegen etwas anderes übertragen wird, statt, nicht aber beym Miethvertrag, denn das Eigenthum geht nicht über. Doch muß auch bey unentgeltlichen Geschäften Dolus wegbleiben. Ein Ackermann hat z. B. ein ganzes Gespann Pferde, ein anderer schenkt ihm ein Pferd, das rotzig ist, welches dieser weiß. Dieses steckt die andern an, daß sie sammt ihm fallen. Da kann er ihn allerdings aus dieser Schenkung belangen, weil er großen Schaden davon hat, den sich der Andre hätte vorstellen sollen. Und auch bey dem Miethvertrag hat man doch eine Interessenklage. Es bekömmt z. B. Einer Briefe, er soll geschwinde nach Hause kommen, seine Mutter liege krank, und wolle ihre letzte Willensverordnung errichten. Er dinget daher ein Pferd und verspricht dem Philister, ihm mehr, als sonst zu geben, wenn er ihm ein gutes verschaffe. Der schelmische Philister nimmt zwar das Geld, giebt ihm aber ein stätiges Pferd, mit dem er nicht fort-

kommen kann, da kann der Miether auf Entschädigung wider den Philister klagen.

Ferner ist nicht genug, daß der Fehler verborgen ist, sondern er muß sich auch schon an der Sache zur Zeit des geschlossenen Contrakts befinden, denn dafür kann ein Verkäufer nicht stehen, was sich nach der Hand zuträgt, wo es sich nicht kurz darauf zuträgt, welchenfalls es doch für einen schon vorher da gewesenen Schaden gehalten wird. Wenn das Pferd z. B. drey Tage auf den Kauf krepiren sollte, und man schneidet es auf, und findet, daß es faul ist, so beweißt das ein Vitium antecedens, indem nicht zu vermuthen ist, daß in so kurzer Zeit das Pferd durch des Käufers Nachläßigkeit faul geworden seyn sollte. Und wenn der Fehler zur Zeit des Vertrags vorhanden gewesen ist, so kann man leicht annehmen, daß es der Verkäufer gewußt habe. Ob nun die verkaufte Waare fehlerhaft ist, oder nicht, das läßt sich nicht vermuthen, sondern muß erwiesen werden von dem, der ein Vitium anführt, oder sich darüber beschwert. Da muß der Käufer erweisen, daß der Fehler zur Zeit des eingegangenen Vertrags schon vorhanden gewesen, oder sich wenigstens innerhalb drey Tagen auf den Kauf gezeigt habe. Denn dem Käufer liegt ob, den Grund seiner Klage zu beweisen. Z. B. Ich habe einen Ochsen gekauft, innerhalb drey Tagen liegt er todt im Stalle, da wird vermuthet, er sey schon bey dem Verkäufer krank gewesen, und darf daher der Käufer diesen Fehler nicht erst lange erweisen. Die Schaafe hingegen schleppen sich lange Zeit mit der Fäule herum, und fallen an der Fäule gewöhnlich erst nach 14 — 15 Wochen. Daher muß der Verkäufer noch 14 bis 15 Wochen gutstehen, welches die Schäfer aussagen müssen, wovon man mehrers bey Stryck in Dissert. de Jure ovium antrift. Weil nun darüber so viel Streit zu entstehen pflegt, ob ein Fehler verborgen sey oder nicht, so ist in vielen Landesgesetzen näher bestimmt, welche Fehler man für verborgen, besonders unter den Pferden, halten soll. Daher sind

§. 6.

die Hauptmängel bey Pferden entstanden, die insonderheit nach dem sächsischen Rechte, aber auch ausser Sachsen gemeiniglich bey dem Pferdhandel in Betrachtung kommen, wie sie denn auch in der Glossa ad Jus Saxonicum befindlich sind, welches eine Anzeige ist, daß sie von langen Zeiten her bey den Teutschen gewöhnlich gewesen, und diese Fehler für verborgen, und also für solche gehalten worden, um derentwillen wieder vom Kaufe abgegangen werden kann. Man hat einen Vers darüber:

Si sit retrogradus, clam coecus et scabiosus
vel pituitosus, tunc redhibendus equus.

Es gehört demnach 1) dahin, wenn das Pferd stätig ist, denn das kann man einem Pferde auch nicht so leicht ansehen, ob es stätig ist oder nicht. Manchmal geht es gut, und doch in einem Augenblicke bleibt es stehen, und ist nicht wieder von der Stelle zu bringen. Wenn es 2) staarblind ist, ist es auch nicht so leicht zu sehen, wie auch, wenn es 3) haarschlechtig, das heißt so viel, als krätzig ist. Die Doctores sind zwar hierüber noch uneinig, was unter dem haarschlechtigen Pferde zu verstehen sey. Einige verstehen darunter hartschlägig, das ist aber nicht zu vermuthen, daß das ein Hauptmangel sey. Allein nach dem Jure Saxonico und den alten Gewohnheiten ist haarschlechtig so viel, als krätzig. Das ist auch ein Mangel, der sehr gefährlich ist, denn es steckt gern an, eben so, als wenn ein Pferd 4) rotzig ist, das kann einen ganzen Stall anstecken. Beyde Fehler aber fallen nicht in die Augen, als wenn ein Pferd sternblind ist, denn die Rechtsgelehrten unterscheiden sternblind und staarblind. An einigen Orten sind auch das nur Hauptfehler, die gefährlich sind bey der Trift. Daher ist es dann, wenn ein Pferd stätig ist, kein Hauptmangel, denn das ist bey der Trift nicht gefährlich, als wenn das Pferd rotzig ist, denn da kann es alle die übrigen bey der Hut und Trift anstecken. Uebrigens hat es die Meynung nicht, als müßte der Verkäufer nur für die Hauptmängel stehen, sondern wenn er weiß, das Pferd hat andere Mängel, und verkauft es als ohne Mängel, so muß er doch dafür stehen, weil Betrug niemand hinaushelfen soll, wenn er auch gleich sich verwahrt, er wolle für keine Mängel stehen, weil ein Dolus dahinter steckt. Und wenn auch gleich der Käufer den Mangel hätte wissen können, und nur durch eine große Unachtsamkeit denselben ausser Acht gelassen hat, so findet er dessenungeachtet in dem Falle Gehör und richterliche Hülfe gegen denjenigen Verkäufer, der den Fehler gewußt, aber vorsetzlich verschwiegen hat, denn auch die gröste Unachtsamkeit ist doch noch immer eher der Nachsicht würdig, als vorsetzlicher Betrug. Sonst kann Beham vom Roßtauschrecht in dieser Materie wohl gebraucht werden, da er die meisten hier einschlagenden Fälle entschieden hat. Hieher gehört auch Virriarius de tribus vitiis equorum capitalibus Saxonicis. Rother de reticentia hat auch vieles, was hier einschlägt.

§. 7.

Was ist nun Rechtens, wenn Schlachtvieh verkauft und geschlachtet worden, aber ungesund befunden wird? Da muß man sehen, ob es gar nicht zu gebrauchen ist oder doch noch in etwas. Kann man es gar nicht brauchen, oder das Fleisch nicht essen, so bezahlt man dem Verkäufer nichts, oder wenn man schon bezahlt hat, so kann man sein Geld wieder fordern, denn der Con-

trakt wird als onerosus angenommen, bey Contractibus onerosis aber muß eine Sache dergestalt übergeben werden, daß man sie nutzen kann, indem der Werth, der dafür erlegt wird, oder die Sache, die dagegen erlegt worden, zur Vergeltung erlegt wird. Hingegen wenn man es einigermassen doch noch gebrauchen kann, es ist aber nur weniger werth, es ist z. B. altes Fleisch, ist aber doch noch zu geniessen, oder ist stinkend, und nur in etwas angegangen, aber doch noch zu geniessen, so wird es durch diesen Fehler nur am Preise heruntergewürdigt, und kann man daher nur Actione quanti minoris oder dahin klagen, daß von dem Kaufschillinge so viel nachgelassen oder zurückerstattet werde, als die aufgestellten Schätzer oder Schauer für billig halten. Eben daher kömmt es, daß es eine Actionem *rehibitoriam* und quanti minoris giebt, daß nämlich manchmal Sachen durch Vitia nicht gänzlich unbrauchbar werden, sondern nur der Gebrauch vermindert wird, daß man sie nicht so gebrauchen kann, als wie man im Sinne gehabt hat. Es ist ja eben so auch bey Pferden, denn manchmal kann ein Pferd auch einen Mangel an sich haben, der den Gebrauch desselben nicht gänzlich aufhebt, sondern es nur abwürdiget. Ein anderes ist es, wenn es einen Mangel an sich hat, wodurch der Gebrauch desselben gänzlich aufhört, oder wodurch es krepirt, z. B. wenn es lungenfaul ist. Wenn einer ein finnichtes Schwein gekauft hat, und es ist von Verständigen vorher besichtiget worden, so kann er gegen den Verkäufer nicht klagen, weil dieser alles auf seiner Seite gethan hat, was von ihm gefordert werden kann. Er kann keines Doli beschuldiget werden, sonders es heißt: Man muß jedem Künstler in Ansehung seines Gewerbes Glauben beymessen, so, daß wenn der Sauschneider die Sau nicht für finnicht ausgiebt, sie der Verkäufer sicher verkaufen und sagen kann, daß sie nicht finnicht sey. Um deswillen aber, daß kein Dolus bey den Feilschaften verübet werden möge, ist das Edictum aedilitium eingeführt.

§. 8.

Daß es gleich viel sey, ob eine qualitas naturalis oder pactitia abgehe, ist leicht zu begreifen. Wenn z. B. die Jagdgerechtigkeit bey einem Gute fehlt, und man hat doch vorgegeben, sie sey bey dem Gute, dieses auch unter anderm den Käufer mit bewogen hat, es zu kaufen, und es fehlt nachher dieses Recht, so ist es eben so viel, als wenn ein fehlerhaftes Thier verkauft worden seyn sollte. Daher gilt hier auch die nämliche gesetzliche Verordnung. Uebrigens hat de Aedilitio Edicto am besten Caspar Ziegler geschrieben.

§. 9.

Die Klage, die daraus entsteht, heißt Actio *Redhibitoria* oder Rehabitoria, wie sie von einigen genannt wird. Kraft dieser kann der Empfänger gegen seinen Urheber oder Ueberlieferer dahin klagen, daß er seine fehlerhafte Sache zurücknehmen soll. Z. B. wenn mir einer ein Pferd verkauft, das lungenfaul ist, und dieses sich äussert, so kann ich Actione redhibitoria darauf klagen, daß der Verkäufer das Pferd wieder annehmen und mir den Kaufschilling wieder herausgeben soll. Daher erfordert diese Klage einen solchen Fehler, welcher die verkaufte Sache ganz unbrauchbar macht. Weil sie aber auf Aufhebung des Vertrags geht, so ist sie gar nicht begünstiget, denn alles, was auf die Aufhebung eines Geschäfts abzielet, ist in Rechten verhaßt, und eben deswegen ists geschehen, daß zur Verjährung dieser Klage eine kürzere Zeit, als sonst, anberaumt worden ist. Wie man nun mit dieser Klage auf die Zurücknahme der fehlerhaften Sache klagen kann, so kann man auch zugleich aufs Interesse klagen. Z. B. Es kann der Verkäufer einen großen Schaden davon haben, daß der Andre ihm eine solche fehlerhafte Sache verkauft hat. Er hat ihm z. B. ein Pferd verkauft, das fehlerhaft ist, das wird ihm wieder zurückgegeben, wenn er es wieder verkaufen will, da kann er Schaden davon haben, ja er hätte wohl sonst einen großen Vortheil machen können. Es ist also billig, daß der Venditor allen verlohrnen Gewinnst und allen entstandenen Schaden ersetze, wenn er den Fehler gewußt hat. Denn allemal, wenn man einen zur Entschädigung soll anhalten können, so muß er einen Dolum begangen haben. Da nun der Verkäufer nur dann in Dolo versirt, wenn er das Vitium gewußt hat, so kann man auch nicht anders, als in dem Falle ihn zur Wiedererstattung oder Entschädigung anhalten. Wenn nun der Verkäufer aus dieser Klage verurtheilt wird, so wird alles in den Stand gesetzt, als wenn niemals ein Contrakt geschlossen worden wäre. Hat der Käufer z. B. einen Zoll geben müssen, so muß ihm derselbe von dem Verkäufer auch wieder ersetzt werden. Was er hingegen freywillig dieses Kaufs halber gegeben hat, er hat z. B. während der Zeit, als der Kauf geschlossen worden, etliche Maaß Wein geben lassen, so darf der Verkäufer das, was er freywillig gegeben, ihm nicht wieder erstatten, denn er ist nicht Schuld daran. Alles aber, woran der Verkäufer schuldig ist, daß es der Käufer weggegeben, das muß ihm ersetzt werden.

§. 10.

Actio *aestimatoria* oder quanti minoris heißt diejenige, welche dahin geht, daß von dem Kaufschilling oder gegebenen Werth so viel zurückgegeben werde, so viel die Sache wegen des anklebenden Fehlers weniger werth ist. Man

setze den Fall des Kaufs, da das Pferd keinen solchen Mangel an sich hat, um dessentwillen es gar nicht gebraucht werden kann, sondern es hat nur einen solchen, der es abwürdiget, daß es nicht so viel werth ist, als wenn es den Mangel nicht hätte, da kann man, wenn man es erweisen kann, Actionem aestimatoriam anstellen, und wird nur der Kaufschilling heruntergesetzt, wenn es nämlich ein verborgener Fehler ist, denn sonst, wenn es ein offenbarer Mangel ist, so hat es der Käufer sich beyzumessen, daß er sich nicht besser in Acht genommen hat. Da klagt man nicht auf die Aufhebung des Vertrags, sondern nur darauf, daß so viel wieder herausgegeben werde, als man zu viel gegeben hat, und das Pferd nicht werth ist. Daher ist auch diese Actio aestimatoria von den Gesetzen mehr begünstiget, als die Actio redhibitoria, weil jene nicht auf Aufhebung des Contrakts geht, wie diese, und daher hat man auch

§. 11.

bey der Zeit, welche zur Verjährung erfordert wird, einen Unterschied eingeführt. Nämlich, weil die Actio redhibitoria nicht so begünstigt ist, als die Actio aestimatoria, so hat man die kürzeste Zeit dazu anberaumt. Zu Anstellung der Aestimatoriae hat man eine Jahresfrist, so, daß wenn sich finden sollte, daß das Pferd so viel nicht werth ist, als man dafür gegeben hat, man innerhalb eines Jahrs Klage erheben kann, aber hernach nicht länger, wenn es nämlich einen Mangel hat, um dessentwillen es von Pferdverständigen für weniger geschätzt wird, als man dafür gegeben hat. Hingegen aber hat man eben um deßwillen nur sechs Monate zur Actione redhibitoria, daß also die Actio redhibitoria viel geschwinder verjährt werden kann, als Actio aestimatoria. Es kann aber auch, was die Actionem aestimatoriam anbetrift, ein solcher Mangel, wodurch ein Pferd nur am Werthe verliert, nicht so leicht erkannt werden, deswegen hat man auch aus dieser Rücksicht die Klage einem auf diese Weise Beschädigten länger zustehen lassen müssen, als in dem obigen Falle der Actionis redhibitoriae.

§. 12.

Asserdem ist nichts gewöhnlicher, als daß man ad Evictionem praestandam klagt und sagt: es muß mir der Andere allenfalls die Eviction leisten. Da fragt sichs, was das heißt: Eviction leisten? Auf teutsch nennt man praestationem Evictionis die Gewehrleistung. Gewehr heißt nach der alten teutschen Sprache so viel, als Possessio, es heißt demnach so viel, wenn ich die Sache wieder aus meinen Händen lassen müßte, so solle er mir den Schaden ersetzen. Nun siehet man in allen Contractibus onerosis darauf, daß man die Sache

sicher

ſicher behalten können möge, und nicht wieder aus ſeinen Händen fahren laſſen muß. Daher muß auch die Evictio in allen Contractibus oneroſis präſtirt werden, wenn nicht der Accipiens oder Acquirens in Schaden kommen ſoll. Daher erfordert auch Evictio allemal einen Schaden, ſo wie auch ſonſt evincere abgewinnen heißt. Wo einer keinen Schaden erweiſen kann, den er dadurch hat, daß er um die Sache gekommen iſt, da fällt auch Evictio weg. Z. B. Titius hat dem Mevius ein Pferd verkauft, ſo muß er die Abſicht haben, das Pferd dergeſtalt auf den Mevius zu transferiren, daß er es auch behalten könne, ſonſt giebt er ihm nichts dafür. Wenn demnach ein Andrer herkömmt, und ſagt: das Pferd iſt bey euch nur in Verwahrung gegeben worden, ihr habt es alſo nicht verkaufen können, und ich verlange daher mein Eigenthum zurück, ſo muß Titius die Eviction leiſten, d. i. er muß dem Mevius, dem er das Pferd verkauft hat, den Schaden erſetzen, der ihm dadurch zugefügt worden iſt, daß das Pferd dem Mevius abgeſprochen worden iſt, und er es aus ſeinen Händen wieder hat laſſen müſſen.

§. 12.

Zu den Contractibus oneroſis gehört nun Kauf, Tauſch, Uebergabe an Zahlungsſtatt, Theilung gemeinſchaftlicher Sachen oder einer Erbſchaft, Vergleich, Mieth- und Erbzinsvertrag. Alſo iſt in allen dieſen Fällen Evictio zu präſtiren. Eben daher iſt ſie auch bey Lehen zu präſtiren, denn ob es zwar heißt, daß die Feuda beneficia ſeyen, die unentgeltlich gegeben werden, ſo müſſen doch auch dagegen Dienſte geleiſtet werden. Wenn alſo einer auf eines Dritten Sache ein Feudum conſtituirt hat, dieſe Sache aber evincirt oder von dem Eigenthümer zurückgenommen wird, ſo kann der Vaſall auf die Gewehrleiſtung gegen den Belehner klagen. Im Gegentheil alſo,

§. 13.

wo wir negotia lucrativa haben, da fällt Evictio weg. Denn da iſt es nur um einen verlohrengehenden Gewinnſt zu thun. Dahin gehört z. B. die eigentliche Schenkung. Und ſo iſt auch eine Species donationis das Legatum, mithin ceſſirt bey einer Donatione ſimplici, ingleichem alſo auch bey einem Legato die Evictio. Z. B. es hat Mevius dem Sempronius ein Pferd vermacht, das er von einem Nichteigenthümer bekommen hat. Das Pferd wird alſo dem Sempronius weggenommen, indem es a ſuo Domino vindicirt worden iſt, da kann Mevius nichts oder kein anderes Pferd von ſeinen Erben fordern, denn er kann ſich über keinen Schaden beſchweren, da das Legatum eine Species Donationis iſt. Hingegen muß Gewehr geleiſtet werden in Do-

natione remuneratoria, denn das ist negotium oneroſum. Z. B. einer hat einen Sprachmeister, der ihn drey Monate informirt hat, und schenkt ihm deswegen etwas, da muß er ihm auch die Gewehr leisten.

§. 14.

Woraus sofort folget, daß die Gewehr geleistet werden muß, man habe es versprochen oder nicht. Denn sie fließt aus der Natur des Negotii onerosi, und nicht erst aus dem besondern Versprechen. Wenn auch der Verkäufer gewußt hat, daß ihm die Sache nicht gehöret, so hilft seine Protestation nichts, weil sein Dolus ihm nicht zu statten kommen kann. Auch ist nicht nöthig, daß man etwas darüber, was sich von selbst ex natura negotii versteht, verabredet. So kann Evictio beym Kaufe gefordert werden, wenn gleich der Käufer und Verkäufer nicht mit einander verabredet haben, daß alsdann, wenn etwa die verkaufte Sache evincirt werden sollte, der Verkäufer den Schaden, der sich zuträgt, prästiren müßte. Daher folgt, daß wenn der Contrakt von beyden Seiten noch nicht erfüllet ist, der Käufer den Kaufschilling so lange zurück behalten kann, bis der Verkäufer de Evictione praestanda cavirt. So lang hat er also das Jus retentionis, wenn nämlich der Käufer fürchtet, daß die Sache evincirt werden möchte. Hingegen hat er wirklich auch auf seiner Seite prästirt, was der Contrakt mit sich bringt, so kann er nach zurückgegebner Sache den Kaufschilling mit allen Unkosten zurückfordern. Das ist eben Actio ad Evictionem, wodurch man auf Erstattung dessen, was man aus einem Contractu onerosо besessen, allein zurück hat geben müssen, klagen kann. Wenn die gekaufte Sache wieder avocirt, oder einem wieder aberkannt wird, daß er sie einem andern abtreten muß, z. B. die Wiese oder das Haus, so er gekauft hat, wieder einem Andern zuerkannt wird, der darauf Ansprache macht, so kann man von dem Verkäufer den Kaufschilling, so man ihm bereits bezahlt hat, dadurch zurückfordern. Er muß auch allen Schaden gut machen, den der Käufer zur Zeit der Eviction leidet, ingleichem die Proceßkosten, die er auf den Proceß gewandt, kann der Käufer ebenfalls vom Verkäufer im Falle, wenn er den Proceß verliert, zurück verlangen, nicht aber, wenn er ihn gewinnt, weil der Verkäufer dafür nicht stehen kann, daß der Käufer von andern Leuten geneckt werde.

§. 15.

Was für Stücke sind zu beobachten, wenn einer ad Evictionem soll klagen können? 1) daß ehe die angesprochene Sache ausgeliefert werde, der Käufer dem Verkäufer oder dem Auctori zu wissen mache, daß die Sache gerichte-

richtlich gegen ihn in Anspruch genommen worden sey, von welchem Jure Litem denunciandi Caspar Ziegler eine besondere Dissertation geschrieben hat. Diese Litis Denunciatio muß gerichtlich geschehen, und ist nicht genug, daß der Käufer nur an den Verkäufer schreibe, es gehe ihm wunderlich, sondern er muß es, mit richterlicher Beyhülfe thun, und müssen sie sich hernach mit gesamter Hand vertheidigen, denn da *Autor* derjenige heißt, von dem man eine Sache erhalten, die von einem Andern in Anspruch genommen wird, so muß dieser sich am allerbesten zu vertheidigen wissen. Deswegen läßt der Käufer seinen Auctorem citiren, und zwar muß dieses zeitlich geschehen, da nämlich noch Gelegenheit zur Vertheidigung vorhanden ist, weshalben es gemeiniglich vor Einlassung auf die Klage geschieht. Und wenn es gleich der Verkäufer weiß, muß der Käufer ihn doch citiren lassen, denn nicht zu dem Ende, daß er es wissen soll, wird es ihm zu wissen gemacht, sondern daß er kommen und helfen solle. Da muß er ihm denn den ganzen Statum Causae eröfnen, ihm also auch alles, was bisher verhandelt worden, mittheilen, damit sein Auctor, der Verkäufer, ersehe, wo es noch fehlt, und worinn er ihm also noch beystehen kann. Hängt es nun aber von dem Auctore ab, ob er kommen und beystehen will oder nicht, da es blos auf sein Interesse ankommt, und er kommt nicht, so wird er nicht contumacirt, sondern diese Denunciatio ist ein bloser Rath, der an ihn ergeht, auf alle seine Gerechtsame wachsam zu seyn, indem nämlich darüber im Gerichte Streit erhoben wird. Will er nicht wachsam seyn, so mag er sich auch nachher den Schaden, der von seiner Nachläßigkeit herrührt, selbst zuschreiben. So ist denn auch zum Besten des Denunciantis, z. B. des Käufers, eingeführt, daß er seinen Auctorem ad assistendum citiren lassen kann. Will er es nicht, so kann er es bleiben lassen, denn es kommt allein auf sein Interesse an, hat er aber nachdem Schaden davon, so kann er denselben niemand als sich selbst beymessen. 2) Wenn die Evictio soll statt finden, wird auch erfordert, daß die angesprochene Sache durch richterlichen Ausspruch aberkannt worden ist. Ueberhaupt wird erfordert, daß sie ohne des Besitzers, z. B. Käufers, Schuld evincirt worden, denn sonst, wenn dem Emtori etwas imputirt werden kann, kann er den Andern ad Evictionem nicht belangen, wenn er z. B. die Nothfristen versäumt, auf schiedsrichterlichen Ausspruch es ankommen lassen, sich verglichen haben sollte, so kann er den Schaden, den er davon hat, dem Venditori nicht imputiren, und also, da er sich über keinen Schaden beschweren kann, kann er auch nicht ad Evictionem klagen. Er sollte dem Proceß seinen gewöhnlichen Lauf gelassen haben, und nicht vom ordentlichen Richter abgesprungen seyn, wer weiß, wie es gekommen wäre. Ingleichem, der Käufer wird in der ersten Instanz condemnirt, er läßt die Urthel rechtskräftig werden,

welches er nicht hätte thun, sondern appelliren sollen, er hätte es ja noch gewinnen können. Wenn hingegen die Urthel widrig lautet, und der Verkäufer bey der Eröfnung ist, der Käufer aber nicht appellirt, so muß es der Verkäufer thun, sonst giebt er an Tag, er habe kein Recht gehabt, die Sache zu veräussern. Wird ihm aber die Sache um deswillen aberkannt, weil sein Auctor kein Jus in Re hatte, so ist klar, daß alsdann dieser Schade blos von dem Verkäufer herrühre. Wenn auch blos nach Gewalt des Fürsten und ohne vorhergehende Untersuchung in der Sache sollte verfahren, und der Beklagte aus dem Besitze geworfen worden seyn, so ist der Verkäufer auch wieder nicht Schuld daran, und fällt sodann die Evictio weg. Ja, ein solches Factum Principis ist für blosen Zufall zu halten, woher man das Sprüchwort hat: Vor Gewalt ist man zu gewähren nicht schuldig, wovon Hert in Paroemiis nachzulesen ist. Eben um deswillen ist nöthig, daß Litis Denunciatio geschieht, denn sonst, wenn Lis Autori nicht denuncirt wird, kann sich derselbe nachher entschuldigen, und sagen: wäre ich ad assistendum citirt worden, so hätte ich viel bessere Rechtsgründe hergeben wollen, mithin geht die Sache durch des Besitzers Schuld verlohren, und kann er sich über keinen Schaden beschweren und die Eviction verlangen wollen. Daher wird erfordert, daß sie durch Urthel und Recht, und zwar in petitorio, dem Possessori aberkannt worden ist, d i. aus dem Grunde, weil der Besitzer kein Recht daran habe. Denn wo der Auctor kein Jus gehabt hat, und folglich keines auf den Possessorem transferiren können, so muß allezeit die Evictio prästirt werden. Man setze daher, daß das Jus retractus exercirt würde, so wird dadurch das Jus Auctoris und Possessoris nicht in Zweifel gezogen. Solchergestalt ist klar, daß auch keine Evictio statt findet. Es ist ja auch hier kein Schaden vorhanden, denn z. B. Titius kauft von dem Nevius eine Wiese, woran Sempronius das Jus Retractus zusteht, es wird also diese Wiese von dem Titius angefallen, so bekömmt er sein Pretium wieder, und also hat er keinen Schaden, welchen doch die Evictio voraussetzt. Deswegen sagt Struv, es muß die Eviction petitoris Jure geschehen seyn. Unterdessen wenn auch die litis Denunciatio geschehen ist, bleibt doch der Possessor der Beklagte, denn es heißt nur, daß der Auctor bey dem Proceß assistiren soll, wenn aber ein Anderer blos bey dem Proceß assistiren soll, so bleibt der Andere doch der Beklagte, und führt den Proceß selber. Deswegen sagt er auch: sive Auctor comparuerit, sive non, coram suo Judice deinde re evicta conveniendus est. Es mag der Autor erschienen seyn oder nicht, so kommt es nur darauf an, ob die Sache in Possessorio ihm aberkannt worden oder nicht. Ist sie ihm aberkannt worden, so muß er deswegen doch die Eviction prästiren, aber da fragt es sich, wo man ihn ad Evictionem praestan-

standam belange? Die Actio ad Evictionem praestandam betrift seine Person, kann also nirgend anders erhoben werden, als bey des Auctoris Gericht. Wenn man hingegen ad assistendum liti klagt, so betrift die Actio den Rechtsstreit, an welchem auch Auctor Theil hat. In Ansehung dieses Streits aber steht der Auctor in foro rei sitae, daher kann man ihn auch allda ad assistendum liti belangen. Z. B. Es verkauft mir ein Pfarrer einen Acker, den nimmt ein Anderer in Anspruch als seinen Acker. Ich will also meinem Auctori, dem Pfarrer, Litem denunciren, und ihn ad assistendum citiren lassen, der Pfarrer will nicht assistiren, wo kann ich ihn ad assistendum Liti belangen? Antw. In dem Gerichte, unter dem der Acker gelegen, worüber der Streit ist, denn der Auctor muß das forum ratione rei sitae oder litigiosae auch erkennen, ob er gleich sonst ein Forum privilegiatum für seine Person hat. Im Gegentheile wenn der Acker sollte evincirt worden seyn, und ich belange ihn darauf, daß er mir den Schaden ersetzen soll, den ich dadurch habe, daß mir der Acker wieder abgenommen wird, so kann ich ihn nirgends anders, als beym Consistorium belangen. Denn das ist das forum competens des Pfarrers, wo man ihn belangen kann, wenn etwas seine Person betrift.

§. 16.

Wegen unterlassener Anzeige des Rechtsstreits kann man sich an seinen Auctor nicht halten, denn da hat man sich selbst den Verlust zuzuschreiben. So oft aber der Schade von des Besitzers Schuld herrühret, so lange findet Praestatio Evictionis nicht statt. Es kann ja seyn, daß es blos von einem Versehen des Besitzers hergekommen, daß die Sache evincirt worden, weil er etwa nicht die rechten Rechtsgründe beygebracht, die von dem, der den Statum Causae recht inne hat, hätten beygebracht werden können, denn manchmal kömmt es, daß einem eine Sache aberkannt wird, nicht um deswillen, weil er kein Recht hat, sondern weil er im Beweis stecken bleibt, deswegen ist eben die Actio Publiciana eingeführt worden. Ein andres aber ist es, wenn einer wegen fehlenden Rechts in Gerichten sollte um die Sache gekommen seyn, weil er nämlich kein Jus an der Sache hat erhalten können, indem sein Auctor (als der Venditor) keines hat, da geht doch niemals die Sache durch sein Verschulden verlohren. Es sagt daher auch Struv: nur alsdann finde der Regreß in dem Falle statt, wenn des Autors Sache offenbar ungerecht ist, sonst nicht. Solchemnach ist es allemal besser, daß man Litem denuncirt, denn es ist gar ein schwerer Beweis, daß der Autor gar kein Recht habe, und giebt wieder einen neuen Proceß. Man kann viele Ränke dadurch verhüten.

§. 17.

Ferner fällt die Praestatio Evictionis weg, 1) wenn es verabredet worden ist, daß einer die Gewehr zu leisten nicht verbunden seyn soll. Hert Diss. de Pacto, ne Evictio praestetur. Es ist Praestatio Evictionis zu des Besitzers Gunst eingeführet, dieser Gunst aber kann ein solcher Begünstigter entsagen, also kann es auch z. B. der Käufer thun. Allein Renunciationes sind stricte auszulegen, daher fragt sichs, wie denn ein solcher Verzicht auf die Gewehrleistung zu erklären sey. Da heißt es denn, er kann blos von den Proceßkosten verstanden werden, daß nämlich die Proceßkosten der Verkäufer dem Käufer nicht soll ersetzen dürfen. Das ist schon genug, wenn ihm die Proceßkosten nachgelassen werden, da er sonst selbige ausser dem Kaufschilling ersetzen muß. Daß aber auch der Käufer durch den Verzicht auf den Kaufschilling sollte renuncirt haben, das ist nicht wahrscheinlich, da er nicht die Absicht gehabt hat, etwas zu verschenken, sondern für sein Kaufgeld auch wieder etwas gewollt hat, und zwar etwas, das er behalten und ihm von keinem Richter abgesprochen werden kann. Wenn jedoch der Venditor sich zur Gewehrleistung verbindet, auf was Art und Weise es geschehen möge, so wird er zu allem verbindlich gemacht. Wenn es heißt, mit Recht oder Unrecht, so muß man es so verstehen, wenn ihm auch Tort zugefügt würde, oder er wolle ihm das Haus wider Recht und Unrecht gewehren, wovon mit mehrerm Stryck in Dissert de Principe evincente handelt. Eine Cautel für den Verkäufer ist, daß er sagt, er wolle das Haus oder die Sache rechtlicher Art nach gewehren, das schadet ihm nicht, und ist er zu nichts mehr, als in den Gesetzen steht, verbunden. Gleichwie aber ein völliger Nachlaß ausdrücklich geschehen kann, so kann er auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn jemand eine fremde oder einem Dritten verhaftete Sache wissentlich kauft, da muß er ja die Gefahr übernommen haben, wenn sie sollte wieder avocirt oder evincirt werden, dadurch hat er auf die Eviction gänzlich Verzicht gethan. Es geschiehet manchmal, daß man auf die Hofnung viel mehr, als auf die Sache selbst siehet. Titius kauft eine Wiese von mir, und zwar habe ich über dieselbe wirklich einen Proceß. Ich sage es ihm, er möchte sie aber doch gerne haben, und getrauet sich, die Sache auszumachen, weil es aber doch mißlich ist, so giebt er mir nur halb Geld, und nimmt also die Gefahr über sich. Hier kann er das Kaufgeld nicht wieder fordern. Gleichergestalt thut man stillschweigend auf die Gewehrleistung Verzicht, wenn man eine ganze Vniversitatem, z. B. eine ganze Erbschaft, Bibliothek, Schaafheerde ꝛc. kauft, und nur einige einzelne Stücke in Anspruch genommen werden. Entweder haben die Bücher zur Bibliothek gehört oder nicht. Erstern Falls, wenn sie

der

der Richter abspricht, ist es ein Unglück, wie mit den Urtheln es überhaupt wie mit einem Glückstopfe ist. In dem andern Falle hat der Verkäufer kein Recht zum Verkaufe gehabt, muß also dafür stehen. Es pflegt aber auch öfters zu geschehen, daß wenn man eine Bibliothek kauft, man überhaupt einen Folianten um 1 Rthlr, einen Quartanten um einen halben Thaler behandelt. Wenn ich nun auf solche Weise um 400 Folianten gehandelt, und es werden 50 evincirt, da kann ich mich an den Verkäufer halten, weil ich Stückweise gekauft habe. Samuel Strycks Dissert. de Immunitate a praestatione evictionis.

Schließlich ist noch der Exceptionis *rei venditae et traditae* zu gedenken. Es ist solche diejenige, welche dem Käufer gegen den Verkäufer und dessen Erben zusteht, wenn solche aus dem erst nachher erlangten Eigenthum klagen wollten, und hat die Absicht, solche Klage zu entkräften. Denn es heißt: Quem enim de Evictione tenet Actio, illum agentem multo magis repellit Exceptio, oder was mir einer gewehren muß, kann er mir nicht entwehren.

§. 18.

Bey der Abtretung der Forderungen, Cessione Nominum, kommt manchmal auch vor, daß man auf die Gewehrleistung klagt. Mevius cedirt mir seine Schuldforderung, die er an den Sempronius hat, Sempronius wird verganthet, daß also die Schuldforderung ganz vereitelt wird. Da fragt sichs, ob man ihn ad Evictionem praestandam anhalten könne? Antw. Nein, wenn es eine wahre Forderung gewesen ist, denn ad Cessionem Nominum wird blos nomen verum, eine unläugbare Schuldforderung nicht aber ein Nomen bonum erfordert. Nomen bonum aber heißt dasjenige, was in Ansehung des Einforderns sicher ist. Eine tüchtige sichere Schuldpost aber hängt vom Glücke, ob eine Schuldforderung leicht einzufordern ist, ab, indem der Debitor unvermuthet aufhören kann, solvendo zu seyn, ohne daß es selbst der Cedens vermuthet hat, da kann ihm also der Cessionarius den Schaden nicht beymessen. Cessionarius heißt derjenige, dem eine Schuldforderung ist cedirt worden, und Cedens derjenige, der sie cedirt hat. Daher ist bey dergleichen Cessione Nominum genug, daß einer die abgetretene Schuldforderung an den Andern wirklich gehabt hat. Bekömmt nachher der Cessionarius nichts, so kann es dem Cedenti nicht beygemessen werden. Eben deswegen aber wird auch erfordert, daß der Abtreter nicht den geringsten Betrug begehe. Denn wenn derselbe gewußt haben sollte, daß der Debitor nicht solvendo ist, so versirt er in Dolo, hätte er es gesagt, so würde der Cessionarius die Schuldforderung von ihm nicht angenommen haben, denn eine solche Cessio ist nicht

um-

umsonst, man muß Geld dafür bezahlt oder sonst etwas dagegen gegeben haben. Es würde aber einer weder Geld, noch sonst etwas dafür gegeben haben, wenn er gewußt hätte, daß der Debitor schon aufgehört hätte, solvendo zu seyn, und er also nichts mehr bekommen könne. Es kann aber auch seyn, daß der Cessionarius in einem verzeihlichen Irrthume steht, und gemeynt hat, der Debitor sey solvendo, da er es doch nicht ist, da wird Restitutio in integrum propter justum Errorem, seu Errorem invincibilem gestattet. Solchergestalt kann der Cessionarius per indirectum, nämlich per restitutionem in integrum, zur Schadloshaltung gelangen. Endlich aber hat man noch darauf zu sehen, ob es nicht verabredet worden, und die abgetretene Forderung für sicher verkauft worden ist. Hat der Cedens nicht nur ein Nomen verum, sondern auch ein nomen bonum dem Andern zu cediren versprochen, er wolle es gewehren als eine gute, richtige und exigible Post, und es ist das Nomen nicht bonum, d. i. es ist die Schuldforderung nicht einzutreiben, so muß er dafür stehen, obgleich sonst dem Cessionario genug seyn muß, wenn ihm nur ein Nomen verum abgetreten worden ist. Aber auch dießfalls, wenn es eine unbedingte Forderung ist, muß der Cessionarius zufrieden seyn, daß der Debitor zur Zeit der Abtretung solvendo ist. Ist es aber eine bedingte Forderung, so muß Debitor cessus solvendo seyn, wenn die Conditio existirt, denn da kann Cessionarius sich auch melden, und das Seinige fordern. Ist es eine Schuldpost sub die, und der Tag erscheinet, und Debitor ist solvendo, der Cessionarius aber mahnet ihn nicht, und Cessus geht davon, so mag er sichs zuschreiben, daß er sich nicht besser vorgesehen hat.

Formula Instrumenti Cessionis lautet folgendergestalt:

Demnach mir Endesunterschriebenen Mevius 2000 Rthlr. vermöge seiner Obligation de dato 11ten Okt. 1729 schuldig geworden, ich aber dagegen dem Cajus mit 1200 Rthlr. verhaftet bin, als will ich meinem Creditori, anstatt baarer Zahlung, solche 1200 Rthlr. cum omni Jure et Actione tam directa, quam utili in beständigster Form Rechtens dergestalt cediret und abgetreten haben, daß er sie mag einheben, darüber quittiren, transigiren, und als mit seinem propern Gute damit gebähren. Urkundlich habe ich die Cession alles treulich, sonder Gefährde hiemit ausgestellet. So geschehen 2c.

(L. S.) Titius.

§. 19.

In den meisten Contrakten sind auch Zinse zu entrichten. Daher kommen wir auf die Materie von den Zinsen. Es sind aber Zinse (Vsurae) nichts anders, als dasjenige Geld, welches man für den Gebrauch des Kapitals bezahlt. Wenn man z. B. einem 1000 Rthlr. borgt, so kann er das Geld sehr nutzen, er kann viel damit ankaufen, und dadurch einen großen Gewinn haben. Zur Vergeltung dieses Gebrauchs, der dem Herrn des Gelds entgeht, da er sein Geld auch hätte gebrauchen können, wird gleichsam eine gewisse Miethe, wie für den Gebrauch eines Pferdes, bezahlt, und darinn bestehen die Vsurae, oder der Zins. Wobey nichts Unbilliges zu finden ist, ungeachtet Christus sagt, Luc. 6, v. 35.: Leihet, daß ihr nichts davon hoffet, worauf sich auch der Papst in cap. 10. X. de Vsur. bezieht. Allein Christus trägt allda Lebensregeln, nicht aber Rechtsregeln vor, und er redet auch nicht von den Zinsen, sondern vom Kapitale. Wovon mit mehrerm Noodt in Tr. de Foenore et Vsuris handelt. Woraus sogleich sich ergiebt, daß 1) die Meynung Schilters in Praxi Jur. Rom. Ex. 22, §. 40 nicht ungereimt ist, daß die Zinse sogleich vom Tage der Bezahlung laufen, wenn sie auch gleich nicht versprochen sind, 2) daß jederzeit bey Zinsen ein Kapital, dessen Folge der Zins ist, vorausgesetzt wird. Man nennt sie zwar auch Interesse, aber das Interesse und Vsurae sind unterschieden, denn das Interesse ist ungewiß, indem es in lucris cessantibus und damnis emergentibus besteht. Wie viel Schaden aber einer erlitten hat, und wie viel Vortheil ihm entgangen, und zwar Lucra, die er rechtlich hätte erlangen können, das muß bewiesen und kann nicht blos vermuthet werden, die Zinse hingegen sind gewiß, denn wie viel einem an Zinsen gebührt, das läßt sich ausrechnen und erweisen, weil sie in den Gesetzen in Ansehung ihrer Größe bestimmt worden sind. Z. B. Interesse ist, wenn der Gläubiger darthut, er habe wegen Abgang des Gelds und nicht erhaltner Heimbezahlung zu rechter Zeit seine Güter verkaufen oder selbst Geld auf Zinse aufnehmen müssen.

§. 20.

Diese Zinse werden nun eingetheilt in Vsuras *Conventionales*, *Poenales* et *Compensatorias*. Vsurae conventionales heissen diejenigen, welche einem vermöge des Einverständnisses oder versprochenermassen gebühren. Diese Conventio ist bey Contractibus stricti Juris bey den Römern gebräuchlich gewesen, indem ex Contractibus stricti Juris weiter nichts gefordert werden konnte, als was verabredet worden ist, und also auch keine Zinse gefordert wer-

werden konnten, wenn man es nicht verabredet hatte. Diese Conventio ist also bey den Römern der Contractuum stricti Juris halber eingeführt worden, wie die Condictio Triticiaria und de eo, quod loco. Es werden aber die Zinse auf diese Weise versprochen: Ich verspreche das Kapital nebst Land- (Reichs) üblicher Verzinsung, binnen Jahr und Tage, redlich wieder zu bezahlen. Vsurae *poenales* aber heissen diejenigen, welche zur Strafe, z. B. wegen Verzögerung, von einem entrichtet werden müssen. Endlich giebt es auch noch Vsuras *compensatorias*, das sind diejenigen, welche für den Gebrauch des Geldes bezahlt werden. Kurz kann man also sagen: Vertrag, Verzögerung, Billigkeit, wenn einer z. B. den Vertrag nicht erfüllt hat, sind die Gründe, worauf die Zinse ruhen. Berger hat de Vsuris geschrieben.

§. 21.

So viel die Größe der Zinse betrift, so sind fünfe vom Hundert nach der gemeinen Meynung angenommen, und beruft man sich auf den Reichsabschied zu Regenspurg vom Jahre 1654, und dessen §. 174. Dieser Paragraphus aber wird unrecht erklärt, daß nämlich eine Regula universalis darinnen enthalten wäre, da doch ein bloßer besondrer Fall in solchem befindlich ist. Es geht nämlich dieser §. 174 blos auf die im 30 jährigen Kriege in Schulden gerathenen Personen. Wenn nämlich damals Leute heruntergekommen und viel schuldig geblieben sind, so wären sie noch mehr gedrückt worden, wenn sie die manchmal so hoch versprochenen Zinse noch hätten bezahlen sollen. Denn es ist bekannt, daß ehemals, und besonders vor dem 30 jährigen Kriege, die Zinse in Teutschland sehr groß waren, und man 10, 11 bis 12 ja bis zu 14 Procente nehmen konnte. Wenn also einer 14 Procente versprochen, und großen Schaden im 30 jährigen Kriege erlitten, so hätte er ganz verderbt werden können, wenn er dergleichen ungeheure Zinse hätte bezahlen sollen. Deswegen ist in diesem Reichsabschiede verordnet worden, daß solchen Debitoribus obaeratis weiter nicht als 5 Procente sollten abgefordert werden können. Woraus sogleich ersichtlich ist, daß dieses keine allgemeine Rechtsregel abgiebt, sondern ein Casus specialissimus ist. Von einem Casu specialissimo aber eine Regulam universalem zu machen, wäre höchst thöricht. Man beruft sich auch sonst auf den Deputationsabschied von 1600. Allein dieser Deputationsabschied redet blos von dem Interesse ex mora, die Vsurae ex mora aber oder poenales, und die compensatoriae können nicht für einerley gehalten werden. Man kann von jenen nicht auf diese schließen, sonst würde man wieder von verschiednen Sachen auf einander schließen. Solchemnach begreift man gar leicht, daß diese zwey Reichsgesetze auf die Vsuras ex mutuo nicht gezogen werden können, immas-

immaſſen auch darinn nicht das geringſte Wort vom Mutuo gedacht wird. So viel demnach das Darlehen anbetrift, iſt die Größe der Zinſe nicht beſtimmt. Es muß nämlich die quantitas dergeſtalt beſtimmt ſeyn, wenn ſie gültig ſeyn ſoll, daß man allemal ein Geſetz anzuführen weiß, woraus erhellt, daß gerade dieſe quantitas und keine andere erfordert werden ſolle. Nun haben wir zwar quoad Vſuras ex mora den Deputationsabſchied vom Jahre 1600, hingegen quoad mutuum haben wir keine Reichsconſtitution, ob man gleich ſonſt ſagt, und bey den Reichsgerichten eingeführt iſt, daß Reichsconſtitutionsmäßig nur 5 Procente gefordert werden können. Denn ſonſt, und wenn man des jüngſten Reichsabſchieds §. 174 betrachtet, kann man die allda enthaltenen Worte von Reichsconſtitutionen nicht anders, als von jenem Abſchiede vom Jahre 1600 verſtehen, mithin weiß man von keinen Reichsconſtitutionen, die de Vſuris gehandelt hätten, (vorher nämlich, vor dem Receſſu noviſſimo,) als dem Deputationsabſchiede vom Jahre 1600, alſo muß auch dieſer Receſſus aus dem Deputationsabſchiede erklärt werden, der aber nur auf die Vſuras ex mora geht. Man kann auch das Wort Reichsconſtitutionsmäßig nicht ſo allgemein auslegen, und daraus eine Regulam generalem machen, als wenn die 5 Procente überhaupt Reichsconſtitutionsmäßige Procente wären. Es iſt dieſes inſonderheit in der Sache, wovon der Herr von Mejern geſchrieben hat, ſtark in Bewegung gekommen, da man die Acta Comitialia von dem Receſſu Imperiali noviſſimo aufgeſucht hat, die dem Herrn von Mejern groſſe Koſten gemacht haben. Wodurch er denn erwieſen, daß man ſich 6 Procente, ja auch mehrere, den Reichsconſtitutionen nach, ſtipuliren könne, weil nichts geſetzt ſey, wie viel man ſich ſtipuliren ſoll, oder daß man ſich nur 5 ſoll ſtipuliren können. Er führt auch viele Fälle vom Reichshofrathe an, da 6 Procente zuerkannt worden, ſo daß hier eintrift, was Celſus ſagt, daß vieles aus bloßem Irrthume eingeführet, und was ſo eingeführt ſey, das könne man, wenn der Irrthum erkannt wird, auch wieder fahren laſſen. Weil jedoch die Sache inter Doctores ſehr ſtreitig iſt, ſo hat man in vielen Landesconſtitutionen deswegen eine beſondere Verordnung gemacht. Man hat nämlich verordnet, daß man ſich auch ſoll 6 Procente ſtipuliren können. Viele dergleichen Landesconſtitutionen findet man bey dem Hrn. von Mejern, deſſen Buch der ausführlichſte Traktat iſt, der in dieſer Materie gebraucht werden kann. Dieſes hat eine neue Eintheilung der Vſurarum in *mordentes* et *non mordentes* verurſacht. Jene ſind, welche gegen die Liebe des Nächſten entweder in Anſehung der Größe oder der Art und Weiſe ſtreiten, oder wenn ſie von dem genommen werden, der ſie nicht bezahlen kann, non mordentes, welche dieſes nicht thun, und daher von der Obrigkeit geſtattet werden. Wenn nun einer von einem

Geitzhalse 2000 Rthlr. geborget und 8 Procente versprochen, ihn auch mit solchen Zinsen bezahlt hat, so kann er Condictionem indebiti auf 3 Procente, die er ihm zu viel gegeben, anstellen. Hat er sie aber ihm noch nicht bezahlt, so kann er so viel abziehen. Und es hindert nicht, daß wenn einer wissentlich etwas zahlt, so er nicht schuldig ist, er es geschenkt zu haben scheine. Er ist in Noth, in der Noth aber kann man niemand für freygebig ansehen.

§. 22.

Anatocismus ist ein griechisches Wort, das im Teutschen vom Gebähren herkommt, so, daß man schon selbst in diesem Worte auf den Begriff des Anatocismi gedeutet hat, denn bey dem Anatocismo gebähren gleichsam Zinse wieder andere Zinse. Selbst schon **Cicero** hat das Wort in einer Epistel ad Atticum gebraucht, und gegen diesen Anatocismum gar sehr geeifert. **Noodt** in seinem Tractatu de Vsuris et Foenore hat ebenfalls diese Materie abgehandelt, und die Fundamenta, warum **Cicero** diesen Anatocismum schon verworfen, untersucht. **Noodt** ist überhaupt unter allen Doctoribus in Materia de Vsuris et Foenore am allerbesten zu gebrauchen, zumal da er sehr gelehrt geschrieben, und die Materie sowohl nach dem Jure civili, als canonico abgehandelt hat. Es besteht aber der Anatocismus darinn, daß man die Zinse, die noch nicht eingetrieben sind, zum Kapitale schlägt. Z. B. **Mevius** restirt an Zinsen dem **Sempronius** 150 Rthlr., diese 150 Rthlr. nun läßt er ihm wieder zu einem Kapitale, so heißt das Anatocismus. Nun sagen die Doctores: die Zinse sind die Früchte des Geldes. Früchte aber können nicht gleich wieder Früchte hervorbringen, auch kann keine Sache zugleich Haupt- und Nebensache seyn. Allein man hat vielmehr darauf zu sehen, daß durch den Anatocismum die Bürger und Unterthanen sehr beschädigt werden können. Weil man denn den Schaden der Unterthanen zu verhüten hat, so hat man auch den Anatocismum verbothen, ob es gleich, an und für sich betrachtet, angienge, daß man die Zinse, die der andere noch schuldig ist, ihm wieder als ein Kapital überließe. Man hat aber auch gefunden, daß vielmals von armen Leuten Zinse von Zinsen genommen, oder vielmehr zum Kapitale geschlagen worden sind. Um so viel weniger also hat man den Anatocismum leiden können. Daher ist wunderbar, daß **Struv** auch hier wieder eine Regel machen, und Fälle ausnehmen will, wo Zinse von Zinsen genommen werden dürfen. Allein alsdann ist es ja kein Anatocismus. Es wird nun aber der Anatocismus eingetheilt in *Menstruum* et *Anniversalem*. Ich habe dem **Mevius** 1000 Rthlr. gelehnt, dafür muß er mir jährlich 50 Rthlr. geben, bezahlt er sie aber nicht, so lasse ich sie ihm, und schlage sie zum Kapitale, das

er

er mir wieder verzinsen muß, so heißt dieses *Anniversalis* Anatocismus. Menstruus Anatocismus aber heißt derjenige, wenn die Zinse, welche monatlich haben prästirt werden sollen, wieder zum Kapital gemacht werden. In diesem Falle kömmt der sogenannte Judenzins heraus, z. B. wenn man sich bedingt hätte, der Debitor soll einem monatlich oder auch wöchentlich, (welches sub menstruo Anatocismo mitbegriffen wird) so und so viel geben, und er giebt es nicht, so wird es immer zum Kapitale angeschlagen, und muß er solches immer wieder verzinsen. Das summirt sich viel ärger auf, als sonst, mithin muß der Menstruus Anatocismus noch vielmehr, als der Anniversalis verbothen seyn. Denn da wird nicht einmal auf quantitatem legitimam usurarum, nach der gemeinen Meynung nämlich, oder nur auf 5 Procente gesehen, sondern es betragen sich die Usurae noch höher. Ausserdem hat man auch noch einen Anatocismum, der *Conjunctus* heißt. Z. B. Sempronius ist dem Mevius an Zinsen 1000 Rthlr. schuldig, und das Kapital ist auch 1000 Rthlr. Nun läßt er sich eine Handschrift auf 2000 Rthlr geben, so heißt das Anatocismus conjunctus, der also diejenige Handlung ist, da man die Zinse und das Kapital in eine neue Summe bringt, und sich eine neue Handschrift darüber ausstellen läßt. *Separatus* hingegen heißt derjenige, wenn über die Zinse eine besondere Handschrift ausgestellt werden muß. Alle Arten dieses Anatocismi sind verbothen, denn alle können die Unterthanen ruiniren. Jedoch hat man dabey auf eines jeden Orts Gebräuche zu sehen. Hingegen ist 1), wie Struv sagt, auszunehmen, wenn man Zinse von seinem Schuldner eingenommen, und sie wieder einem Andern als ein Kapital verlehnt haben sollte. Hier meynt er, wäre eine Ausnahme vorhanden. Allein da werden nicht Zinse von Zinsen genommen. Denn wenn mir die Zinse eingegangen sind, so sind es ja keine Zinse mehr. Es erfordert auch der Anatocismus den nämlichen Schuldner und Gläubiger, denn nur da ist der Ruin des Debitoris zu befürchten, hier aber nicht, denn hier ist es ja ein andrer Schuldner. Wenn Mevius mir die 50 Rthlr., die er mir an Zinsen schuldig ist, bezahlt, so sind sie nicht mehr als Zinse anzusehen, daher kann ich sie gleich wieder dem Lucius verlehnen, ohne daß man deswegen sagen kann, ich habe einen Anatocismum begangen, oder nehme Zinse von Zinsen, denn es sind keine Zinse mehr, der Anatocismus aber erfordert, daß Zinse von Zinsen genommen werden, deswegen cessirt er sogleich, so bald das Eingekommene aufhört Zins zu seyn. Eben so wenn wir negotiorum Gestores, Mandatarios oder Tutores voraussetzen, welche Zinse, die ihnen einkommen, einnehmen, so ist alsdann dieser eingekommene Zins nicht mehr als Zins anzusehen, sondern als ein neues Kapital. Eben daher, wenn sie die Gelder nicht austhun, die etwa an Zinsen ein-

kommen, müssen sie selbige verzinsen, und kann man nicht sagen, daß sie Anatocismum begehen, sondern es haben diese Zinse aufgehört Zinse zu seyn. Ja es können dießfalls gar Vsurae centesimae von ihnen zur Strafe der Untreue gefordert werden, d. i. 12 Procente, also ist das keine Exceptio. Man kann hiebey nachsehen Menkens Dissert. de Tutore ad usuras ex suo debito usurarum obligato. Der zweyte Fall, den Struv ausnimmt, ist, wenn jemand als Bürge und in anderm Namen die Zinse bezahlt. Da sagt er: daß ein solcher davon billig wieder Zinse fordern könne. Allein es sind gar viele Doctores der Meynung, wie Böhmer, daß in dem Falle der Anatocismus nicht erlaubt sey. Wenn man aber Struvs Meynung untersucht, so findet man doch, daß sie mehr Grund für sich hat. Der Fall ist dieser: Titius bürgt für den Sempronius, und zwar steht er für eine Summe, die sich auf 1000 Rthlr. belauft, gut. Unter dieser Summe von 1000 Rthlr. sind mit enthalten 500 Rthlr. an Zinsen. Da fragt sichs, wenn dieser Bürge die 1000 Rthlr. bezahlen muß, also zugleich auch die 500 Rthlr. Interessen, und er kann sogleich nicht wieder zu seiner Bezahlung bey dem Schuldner kommen, ob alsdann der Bürge noch Zinse in Ansehung der 500 Rthlr., die Vsurae gewesen sind, fordern könne? Struv antwortet: Ja, in Ansehung des Fidejussoris seyen sie nicht mehr als Vsurae, sondern wie ein Kapital zu betrachten. Denn er hätte ja während der Zeit die 500 Rthlr. nutzen können, und hat dadurch des Andern seinen Nutzen befördert, so ist es ja billig, daß er dagegen Zinse fordern könne, da die Zinse zur Vergeltung des Gebrauchs als Merces entrichtet werden. Allein ob der Debitor von diesen 500 Rthlr. Zinse an den Creditorem entrichtet, oder an fidejussorem, ist einerley, er kann in diesem Falle so leicht beschädiget werden, als in jenem, daher ist auch dieser Fall für verbothen zu halten. Eben so in dem 3ten Falle ist nicht an dem, was Struv sagt, daß es angehe, Vsuras von Vsuris zu nehmen, wenn der Schuldner ein bey einem Dritten stehendes Kapital und Zinse dem Gläubiger abtritt, weil er hier das Kapital schuldig ist. Gesetzt Titius hat den Mevius zu seinem Schuldner, und zwar ist er ihm schuldig 1000 Rthlr. am Kapitale, und 500 Rthlr. an Zinsen, diese 1500 Rthlr. nun kann er gar nicht von ihm bekommen, das bewegt ihn, daß er die Schuldforderung sowohl aufs Kapital, als auf die Interessen, an den Lucius, seinen Creditorem, cedirt, da scheint es, als wenn es nicht mehr die nämliche Forderung wäre, und es heißt doch, der Anatocismus erfordre den nämlichen Schuldner und Gläubiger. Allein der Cessionarius und Cedens sind für Eine Person anzusehen, dergestalt, daß alle Exceptiones, die dem Cedenti entgegenstehen, auch dem Cessionario entgegenstehen. Es ist also eben so viel, als wäre noch der vorige Creditor da, und sol-

cher-

chergestalt ist es einerley, wenn der Debitor noch Vsuras bezahlen müßte, als wenn er Vsuras Vsurarum dem Cedenti bezahlte. Gleichwie nun der Cedens Vsuras Vsurarum nicht fordern kann, so kann auch der Cessionarius Vsuras Vsurarum nicht fordern. Man thut also am besten, wenn der Debitor in mora ist, wie es in diesen Fällen zu geschehen pflegt, daß man von den Zinsen absteht, und statt derselben das Interesse verum sucht. Endlich sagt man auch sonst, daß bey jährlichen Renten Zinse von Zinsen können gefordert werden. Das ist wieder keine Ausnahme, denn es werden hier nicht Zinse von Zinsen gefordert, da Renten wie ein Kapital angesehen werden. Das Verboth in L. 28. C. de Vsur. bleibt allgemein, es heißt nämlich überhaupt: Von alten Zinsen soll man nicht neue nehmen. Weiter wird auch darinn kein Unterschied unter armen und reichen Schuldnern gemacht. Man schlage hiebey nach Frommanns Dissert. de Anatocismo. Coccejus zu Frankfurt an der Oder, und Schuster zu Gröningen haben auch de Anatocismo geschrieben.

§. 23.

Nun ist de *altero Tanto* zu handeln. Es ist bey dieser Materie sehr bemerkenswerth, daß die Novella 138 und Lex Codicis de Vsuris sich einander widersprechen. Sonst heißt es zwar, das neuere Gesetz entkräftet das ältere, (Lex posterior derogat priori.) Aber es hat schon Baldvin angemerkt, daß hier die ältere Verordnung besser gewesen ist, als die neuere, und daß man vielmehr nach dem Lege Codicis, als nach den Novellen, die sonst dem Codici derogiren, gehen müsse. Nemlich man sagt, daß die Vsurae ultra alterum tantum laufen, wenn sie so groß geworden, daß sie die Summe des Kapitals überschreiten. Z. B. es hat einer bey dem Andern ein Kapital von 1000 Rthlr. stehen, und er ist an Interessen 1500 Rthlr. schuldig, so sagt man, die Vsurae seyen ultra alterum tantum gelaufen, von welchem altero tanto Tabor einen besondern Traktat, und Hahn zu Helmstädt eine Dissertation geschrieben hat. Da heißt es nun in der Novella 121, c. 1 et 2 et 138: Wenn die Zinse z. B. in 20 Jahren nicht eingefordert worden sind, so können keine Zinse mehr gefordert werden. Auch mit den nach und nach abgetragenen Zinsen war es eben so. Allein wir richten uns nach dem Codice. Es hat im vorangeführten Lege Codicis der Imperator viel vernünftiger geurtheilt, daß man nämlich so lange, als das Kapital ausstehet, an Zinsen so viel nehmen könne, als nur angeht. Es verhält sich ja, als wie in dem Falle, da man Zinse von einem Hause oder von einem Acker so lange nimmt, als der Andere das Haus oder den Acker nutzt. Diesem Acker oder Hause aber ist ein Kapital gleich zu halten, mithin ist klar, daß man von dem Kapitale auch

so lange, als es steht, Zinse ziehen kann. Freylich aber ist ein Unterschied, ob Zinse nach und nach abgetragen worden, und ultra alterum tantum aufgelaufen sind, oder aber unabgeführt das Kapital übersteigen. Sind Zinse nach und nach abgetragen worden, so verderben sie den Debitorem nicht mehr. Und überhaupt, wenn eine particularis Solutio geschieht, so giebt man zwar in langer Zeit viel weg, jedoch aber spürt man es nicht. Denn es ist allemal nur eine Kleinigkeit, welches sich doch aber nachher in langer Zeit sehr zusammen sammelt. Daher ist ein großer Unterschied, ob die Zinse ultra alterum tantum laufen, welche schon sind bezahlt worden, z. B. wenn das Kapital 1000 Rthlr. wäre, und schon wirklich 1500 Rthlr. an Interessen bezahlt worden, oder ob die 1500 Rthlr. und das Kapital noch stehen. In dem letztern Falle kann ein Debitor eher ins Verderben gestürzt werden, als in dem erstern, wenn er nämlich auf einmal 1500 Rthlr. Interesse und 1000 Rthlr. Kapital bezahlen soll. Unterdessen in dem letztern Falle, da die Zinse ultra alterum tantum aufgelaufen sind, unterscheidet man noch, ob der Creditor den Debitorem wegen Bezahlung der Zinse gemahnt habe oder nicht, oder ob er sie mit Fleiß aufwachsen lassen. Wenn er sie ultra alterum tantum mit Vorsatz anwachsen läßt, und mahnt seinen Debitorem niemals, so ist ein solcher Mensch dem Staate sehr gefährlich, weil er die Unterthanen gar leicht ins Verderben stürzen kann. Wenn hingegen ein Creditor sich alle Mühe gegeben, die ausstehenden Zinse einzutreiben, kann sie aber nicht bekommen, und muß doch immer sein Kapital missen, wodurch geschieht, daß die Interessen sich weit ultra alterum tantum, z B. über 3000 Rthlr. belaufen, wenn das Kapital auch nur 1000 Rthlr. ist, so ist kein Grund vorhanden, warum er die Interessen nicht soll fordern können, wenn sie auch ultra alterum tantum laufen. Hätte er sein Kapital heraustreiben können, wie er sich bemühet hat, so hätte er es ja bey einem andern wieder anlegen können, also ist ihm nichts beyzumessen, folglich billig, daß in dem Falle auch die Vsurae ultra alterum tantum laufen. Es sind nun zwar einige Doctores, welche meynen, als wenn dieses ausser Sachsen nicht angienge. Es ist aber doch kein Gesetz dagegen, und daß die Novella 121 und 138 jemals in Gerichten beobachtet worden wäre, ist auch nicht zu beweisen. Deswegen spricht man auch heut zu Tage ausser Sachsen, wenn diese Fälle in Gerichten vorkommen, einem selten das alterum tantum ab.

§. 24.

Es fragt sich, was *annui reditus* sind? Antw. *Annui reditus* heissen dasjenige Recht, vermöge dessen man gegen eine gewisse Summe Geldes jährlich

lich aus des Andern Güter gewisse Einkünfte an Geld oder Früchten ziehen kann. Man zahlt z. B. Einem 20000 Rthlr. zu dem Ende, daß man von ihm jährlich soll 1000 Rthlr. Pension fordern können, so ist dieses Recht eben dasjenige, was man annuos reditus nennt, nämlich die 1000 Rthlr. jährliche Pension heissen annui reditus. Dieses wurde fast allemal wiederkäuflich zugekauft. Es ist diese ganze Erfindung daher gekommen, daß nach dem Jure Canonico die Zinse verbothen waren, und man doch gerne sein Geld nützen und nicht müssig liegen lassen wollte. Da kaufte man also für 1000 Rthlr. annuos reditus auf 50 Jahre von einem Acker, das sollten nun keine Zinse seyn. Sie sind also das päpstliche Recht zu überlisten, erfunden worden, und in der That noch schlimmer, als die Zinse. Man kann den andern noch vielmehr dadurch verderben, als wenn man mit ihm auf gewisse jährliche Geldeinkünfte sich versteht, denn gemeiniglich bestunden die annui reditus in Früchten. Bestunden sie aber auch in Geld, so waren sie weit höher, als die sonst nach dem Jure Romano erlaubten Zinse. Von den annuis reditibus kann man ja auch Zinse nehmen, wenn der Debitor in mora ist. Eben daher ist auch gekommen, daß, als die Vsurae durch die Reichsconstitutionen gegen das Jus canonicum erlaubt worden, alsdann auch diese annui reditus sehr abgekommen und in keinem sonderlichen Ansehen mehr sind. Unterdessen ist doch auch auf allen Fall, wenn dergleichen annui reditus noch beliebt werden sollten, im Reichsabschied vom Jahre 1577 von wucherlichen Contrakten verordnet, daß dergleichen annui reditus nicht anders, als für 5 Procente verkauft werden sollten. In der That ist es Emtio Venditio, es soll aber ein Mutuum seyn. Sie heißt daher auch zuweilen *mutuum palliatum*. Man nennt sie auch Censum constitutivum, weil ich einem eine gewisse Summe Geldes gebe, und mir damit jährlich einen gewissen Zins kaufe. Nach der Policeyordnung vom Jahre 1548 Tit. v. wucherl. Contr. 17. § 8. wurde dem Käufer schlechterdings die Rückforderung des Kaufschillings untersagt, weil zu der Zeit dieser Verordnung das verzinsliche Anlehen nicht gestattet war, und also nach dem päpstlichen Recht die Aufkündigung nicht angieng. Da aber heut zu Tage nach den Reichsgesetzen die Zinse erlaubt sind, so kann auch der Vertrag von vorbehaltener Aufkündigung des Kaufschillings der Renten als verbothen nicht wohl angesehen werden. Es weichen aber doch diese annui reditus von den Zinsen ab. Denn sie sind gleichsam ein Kapital. Vsurae sind nur als ein Accessorium, und nicht als das Principale bey einem Contrakte anzusehen. Hingegen sind diese annui reditus Res principalis, eben so, wie die Waare. Denn sie sind die Sache, über die man den Kauf eingeht, und die Summe Gelds, die bezahlt wird, ist das Pretium. Also da sie hiedurch von den Zinsen wirklich unterschieden sind, so

kann man von den Vsuris auf die annuos reditus nicht schließen. Solchemnach kann das alterum tantum auf die annuos reditus nicht angewandt werden, wenn sich diese gleich ultra alterum tantum belaufen sollten, falls sie nämlich rückständig und nicht auch gefordert worden wären, so kann sie doch der Käufer noch so weit, als sie sich betragen, fordern, da es sonst nicht angeht, daß man das alterum tantum fordern kann, wenn man die Vsuras von selbst hat aufwachsen lassen, ohne den Debitorem zu mahnen. Und eben daher kommt auch, daß man von ihnen, wenn sie so lange aufgewachsen sind, wieder Zinse fordern kann, weil sie nicht als Zinse, sondern wie ein Kapital, so einem der Andre schuldig ist, anzusehen sind. Es ist ja eben so beym Kaufe, wenn mir der Verkäufer die Waare nicht zu rechter Zeit giebt, so kann ich von ihm Zinse fordern. Gleichergestalt wenn mir der Käufer das Pretium nicht zu rechter Zeit bezahlt, so kann ich Vsuras von ihm fordern. So verhält es sich nun auch ferner bey den Zinsen, welche von Pupillengeldern rückständig sind, von Geldern, die piis Corporibus zustehen. Wenn dieselben ausgethan worden, und man die Zinse nicht erhoben hat, so kann man sie fordern, wenn sie sich auch ultra alterum tantum belaufen sollten, ob auch gleich die Debitores nicht gemahnet worden sind. Das ist alles zu Gunsten der Pupillen und piorum Corporum eingeführt. Struv führet auch noch einen Fall an, da Vsurae ultra alterum tantum erhoben werden können, wenn man sie nicht als Vsuras, sondern als Interesse fordert, denn das Interesse ist etwas unbestimmtes, die Zinse aber etwas bestimmtes, daher aber, daß die Vsurae definitae sind, rührt das alterum tantum. Deswegen kann man das alterum tantum nicht auf den Fall anwenden, wo die Vsurae nicht als Vsurae, sondern als Interesse gefordert werden. Ebenermassen kann man Vsuras ultra alterum tantum fordern, wenn sie nach der Verurtheilung aufgewachsen sind, denn wenn in dem Falle die Vsurae so hoch aufgelaufen sind, so werden die nachmaligen Zinse ganz aus einem andern und neuen Grunde, nämlich aus dem richterlichen Ausspruche gefordert. Wegen der Einlassung auf die Klage als eines quasi Contractus werden sie für ganz neue Zinse gehalten. Es erfordert aber das alterum tantum solche Zinse, die ex Causa Contractus, worinn sie stipulirt worden, schuldig werden. Denn wenn auch da gar keine Interessen nebst dem Kapital, sondern nur das Kapital allein zuerkannt worden wäre, so hätten doch nachher die Vsurae müssen bezahlt werden, und also müssen sie auch noch bezahlt werden, ob sie gleich mit den andern zusammengenommen sich ultra alterum tantum belaufen. Da sieht man eben, daß das alterum tantum einerley Vsuras, die einer ex eadem Causa zu prästiren schuldig ist, voraussetzt, hier aber prästirt man die Vsuras aus einem verschie-

denen

denen Grunde, einmal ex mutuo für das Kapital, welches einem ist gelehnet worden, das andremal aber um deswillen, weil die Vsurae und das Kapital, worauf die Sententia condemnatoria gegangen ist, abgetragen worden sind.

Drittes Buch.

Tit. XXI.

Quibus Modis tollatur Obligatio ex Contractu.

§. 1.

Es wird die Obligatio überhaupt entweder Jure, oder per Exceptionem aufgehoben. *Jure*, wenn sie nach dem Jure civili nicht bestehen kann, *per Exceptionem* hingegen, wenn das Geschäfte, woraus sie entsprungen, zwar nach dem Jure civili, nicht aber nach dem Jure praetorio wegen der Rücksicht auf Billigkeit besteht. Daher findet auch in dem letztern Falle eine Klage statt, die hingegen in dem erstern versagt wird, z. B. die durch Gewalt und Furcht eingegangene Verbindlichkeit fällt nach dem strengen Recht nicht ipso Jure dahin, sondern vielmehr wirkt selbige nach diesem Rechte eine Verbindlichkeit. Allein diese Obligatio kann per Exceptionem metus, seu quod metus Causa, nach dem Jure praetorio wegen der Billigkeit aufgehoben werden, denn es ist der Billigkeit zuwider, daß einer erfüllen soll, was er doch nur aus Furcht versprochen hat. Nun steht schon Lege 112 ff. de Regulis juris, daß es in Ansehung der rechtlichen Wirkung einerley sey, ob per Exceptionem oder ipso Jure eine Verbindlichkeit aufgehoben werde. Denn sie mag per Exceptionem oder ipso Jure aufgehoben werden, so bekommt doch allemal der Fordernde nichts. Nur ist eine Unbequemlichkeit dabey, daß nämlich in dem Falle, da sie ipso Jure aufgehoben wird, man eine Actionem gegen sich zu gewarten hat, die man aber per Exceptionem wieder ablehnen kann. Ipso Jure nun, nempe Jure civili, werden die Obligationes aufgehoben durch Solutionem, Acceptilationem, Novationem, Delegationem, Compensationem, Confusionem, und endlich per ipsius Rei interitum. Hingegen ope Exceptionis werden sie z. B. per restitutionem in integrum aufgehoben.

§. 2.

kömmt der Auctor auf den ersten Fall. Erstlich wird sie ipso Jure aufgehoben per *mutuum dissensum*. Wenn aber der Contractus consensualis ist, und es soll die Obligatio daraus mutuo dissensu aufgehoben werden, so muß er noch nicht von beyden Theilen erfüllt seyn. Denn sonst, wenn er beyderseits schon erfüllt worden ist, so ists vielmehr ein neuer Contrakt, als daß der alte Contrakt nur aufgehoben würde, z. B. wenn der Kauf durch Auslieferung der Waare und Bezahlung des Kaufgeldes bereits erfüllt worden, und der Verkäufer dem Käufer den Kaufschilling, dieser aber die Waare zurückgiebt, so ist es ein neuer Kauf. Was daher in einem Kaufe muß prästirt werden, muß auch in dem Falle prästirt werden, wenn man z. B. der Obrigkeit etwas abgeben muß, z. B. eine gewisse Accise, da muß auch die Accise in diesem Falle gegeben werden, und kann man sich nicht darauf berufen, daß nur die Obligatio prior, oder der Contractus prior, aufgehoben werde, sondern es wird hier ein novus Contractus geschlossen. Sonst versteht sich von selbst, daß es auch noch zu rechter Zeit, und da es noch möglich ist, geschehen müsse.

§. 3.

Ausser diesem Mutuo Dissensu ist 2) *Solutio* auch ein Modus, wodurch ein Contrakt für sich ipso Jure aufgehoben wird. Es ist aber Solutio nichts anderes, als ein Actus, wodurch man dasjenige prästirt, was man zu prästiren schuldig gewesen ist. Daher heißt auch Solutio jegliche Befreyung von irgend einer Verbindlichkeit. In allen Fällen, da man prästirt, was man zu prästiren schuldig gewesen ist, sagt man, man habe bezahlt. Nun kann man schuldig seyn, entweder Facta zu leisten, oder man kann auch Sachen dem Andern geben müssen, die entweder in Geld bestehen, oder in etwas anderm, so diesem entgegengesetzt wird. In allen diesen Fällen findet Solutio statt, und es kömmt hauptsächlich auf die Wirkung der Befriedigung an, welches die Entledigung der Verbindlichkeit ist. Diese erfolgt allezeit, so oft dasjenige, was geleistet werden muß, wirklich geleistet worden ist.

§. 4.

Daß die Befriedigung einen von der Verbindlichkeit befreye, wird nicht gefordert, daß gerade der Schuldner bezahle. Denn auch ein Andrer z. B. dessen Anwald kann für ihn bezahlen. Denn es kommt bey der Solutione darauf an, daß der Befriediger von der Verbindlichkeit loskomme. Nun aber wird der Schuldner von der Verbindlichkeit los, sobald als das Recht seines

Gläu-

Gläubigers aufhört. Hat aber der Creditor dasjenige bekommen, was er fordern können, so hat er ja weiter kein Recht etwas zu fordern, und also kommts beym Gläubiger darauf nicht an, ob ers vom Schuldner selbst, oder von einem Andern, bekommt. Genug daß er es nicht zweymal fordern kann, wenn er das erhalten hat, was ihm der Andre schuldig ist, z. B. 1000 Rthlr., so kann er sie weiter nicht fordern, wenn er sie nämlich Namens oder in Ansehung desselben erhalten. Freylich sieht man leicht, daß dieser Satz so schlechterdings nicht gelten kann, sondern man muß bey selbigem voraussetzen, wenn dem Gläubiger nichts daran gelegen ist, ob die Bezahlung selbst von dem Debitore geschieht oder nicht. Denn wenn dem Creditori daran gelegen ist, daß der Debitor die Bezahlung selbst thue, d. i. daß er selbst prästire, was er zu prästiren schuldig ist, so geht es nicht an, daß ein Andrer wider seinen Willen die Verbindlichkeit erfülle. Denn z. B. es wäre ein Künstler, der seine Arbeit verdungen, und auch schon viel an Arbeitslohn erhalten hat, und der wollte auf einmal abtreten, und einen Andern, z. B. einen Mahler, der eine Kirche zu mahlen übernommen hat, aufstellen, so kann er nicht sagen: Solutio quoque ab alio fieri potest invito quoque Creditore, sondern da ist der Creditor dabey interessirt, daß der Debitor, da es auf ein Factum ankommt, bey dieser Solutione debiti das Factum selbst prästire. Wo auch sonst anstatt der Arbeit das Interesse zugelassen wird, da wird es doch nicht weiter zugelassen, als nur dann, wenn nämlich das Factum nicht mehr prästirt werden kann.

§. 5.

Nun ist auch zu untersuchen, wem bezahlt werde? Antw. Einem Andern, als dem Gläubiger, kann ohne dieses Einwilligung nicht bezahlt werden. Denn wider seinen Willen kann der Creditor um sein Recht nicht kommen. Wenn nun ihm einer 1000 Rthlr. schuldig ist, und die 1000 Rthlr. werden an einen Andern bezahlt, so bekommt er sie nicht, und also bleibt ihm auch sein Recht zu fordern, und also auch der Andere noch immer zur Bezahlung verbunden. Daher muß der Debitor noch einmal bezahlen. Wenn der Gläubiger einem Andern aufgetragen hat, die Bezahlung anzunehmen, und dieser empfängt sie, so ist es so viel, als wenn der Gläubiger selbst bezahlt worden wäre, folglich wird dadurch der Schuldner befreyet, als wenn die Bezahlung dem Creditori selbst geschehen wäre. Weil aber die Befriedigung sehr wichtig ist, indem sie die Befreyung von der Verbindlichkeit wirkt, so kann man nicht leicht eine Vollmacht zur Annahme der Bezahlung vermuthen. Deswegen muß in diesem Falle ein Mandatum speciale ertheilt werden, so, daß nicht einmal ein Mandatum generale, welches in Ansehung dieser Forderung

ertheilt worden, hinreichend ist, sondern ein besonderes auf die anzunehmende Bezahlung gerichtetes erfordert wird. Deswegen sagt Struv: Wenn zwey mit einander über eine Forderung streiten, so darf der Schuldner bis zu Austrag der Sache keinen bezahlen. Z. B. Es sind zwey Erben, die völlig sich auseinander durch Erbtheilung gesetzt haben. Nun machen alle beyde eine Forderung an den Sempronius, und er darf doch nur einen bezahlen, so kann er keinen von beyden bezahlen, bis gerichtlich ausgemacht ist, wen er zu bezahlen gehalten seyn soll. Denn bezahlt er einen, und es wird nachher gerichtlich ausgemacht, daß er den Andern bezahlen soll, so muß er auch den bezahlen. Da kann es seyn, daß der Andere, dem er die Bezahlung gethan hat, während der Zeit gantmäßig wird, so ist der Schaden sein, und muß er deswegen doch den Andern, der gewonnen hat, bezahlen. Eben deswegen muß man den Auftrag der Anwälde genau untersuchen, ob er insbesondere auf Annahme der Bezahlung geht. Denn wenn man auch einem schon den Auftrag macht, wegen Schulden Mahnung zu thun, so folgt deswegen doch nicht, daß man ihm auch aufgetragen hat, die Bezahlung anzunehmen, weil man den Andern quittiren muß. Da kann es ja seyn, daß einer nicht völlig von der Schuldforderung belehrt ist, und also leicht seinem Principal schadete. Wie ist es aber zu halten, wenn man eines seinem Bedienten bezahlt hat? Antw. Da muß man sehen, ob dieser Bediente einen besondern Auftrag zum Empfang der Bezahlung erhalten hat oder nicht, oder ob der Creditor gewohnt gewesen, die Schulden durch diesen Bedienten einzutreiben. Wenn man in beyden Fällen, da nämlich der Creditor niehrmals Schulden durch ihn hat eintreiben lassen, oder ihm eine besondere Vollmacht dazu gegeben hat, ihn bezahlt, so ist es so viel, als wäre die Bezahlung an den Creditorem selbst geschehen. In dem erstern Falle ist das Mandatum speciale, in dem andern ein Mandatum praesumtum. Denn man kann daraus nichts anders, als ein Mandatum bey einem solchen Diener, der Vollmacht hat, der Schulden halber Mahnung zu thun, schließen. Wenn aber ein Bedienter keine solche besondre Vollmacht hat, noch auch ein solcher Bedienter ist, durch den der Creditor mehrmals hat Schulden mahnen und wirklich eintreiben, sonder blos mahnen lassen, so kann man einen solchen Bedienten nicht bezahlen, sondern wenn man ihn bezahlt, und er geht darauf mit durch, so muß man seinen Principal doch noch einmal bezahlen, weil man erst alsdann befreyt wird, wenn man den bezahlt hat, welchem man schuldig ist, hier aber nicht dafür gehalten werden kann, daß derselbe bezahlt worden sey, da der Andere, der die Bezahlung für ihn angenommen, weder ein Mandatum speciale noch praesumtum hat.

§. 6.

§. 6.

Ferner fragt sichs, wer bezahlen könne? Antw. Wer etwas bezahlt, der veräussert etwas, wer aber etwas veräussert, der muß frey über das Seinige schalten können. Also kann auch keiner etwas bezahlen, als der sein Vermögen selbst verwalten kann. Solches können aber nicht die Pupillen, also können auch Pupillen ihre Schulden nicht bezahlen. Wenn sie also bezahlen, so kann das Geld, wenn es noch vorhanden ist, vom Vormunde zurück verlangt werden. Es ist so viel, als hätten sie das Eigenthum über das Geld auf den Creditorem nicht übertragen. Welches alles daher kömmt, daß durch die Bezahlung der Debitor von seiner Verbindlichkeit befreyet wird, und also die Bezahlung zu großem Nachtheil des Creditoris gereichen kann, in dergleichen Fällen aber, wo ein Pupill sehr beschädiget werden kann, man nicht einmal dem Tutori den Actum überläßt, sondern dazu ein Decretum Magistratus, oder eine richterliche Untersuchung erfordert wird. Daher kann kein Vormund ein Kapital ohne obrigkeitliche Bewilligung aufkündigen. Es erfordert eine Untersuchung, denn dadurch kann ein Pupill gar sehr vervortheilt werden, wenn ihm sein Debitor bezahlen will, wo es anders nicht Schulden sind, deren Befriedigung nothwendig ist. Solche können ohne obrigkeitliche Untersuchung und Bewilligung vom Vormunde bezahlt werden, wenn z. B. Zinse, Pachtgelder abgetragen werden, in allen diesen Fällen kann die Bezahlung nicht unterbleiben. Denn man kann dem Debitori nicht zumuthen, daß er die Interessen aufwachsen lassen soll. Es sind doch aber auch manche so vorsichtig, daß sie, wenn sie Pachtgelder an Pupillen abtragen, obrigkeitliches Ansehen dabey gebrauchen. Das ist nun insonderheit zu Gunsten der Schuldner selbst eingeführt, daß ein Decretum Magistratus bey willkührlichen Bezahlungen erfordert wird, weil sonst gar leicht die minderjährigen Gläubiger, wenn sie volljährig geworden sind, sich des Remedii Restitutionis in integrum bedienen könnten. Auch die richterliche Bescheinung der geschehenen Befriedigung ohne vorläufiges Decret sichert nicht vollkommen. Doch kann bisweilen durch des Pupillen Bezahlung die Befreyung zufällig erfolgen, wenn nämlich der Gläubiger solche ohne Arg (bona fide) aufgebraucht hat, oder selbige sonst verlohren gegangen sind. Denn das zu Gunsten des Pupillen von den Gesetzen vorbehaltene Eigenthum seines Geldes darf dem Andern nicht zu seinem Nachtheile angewandt werden. Jakob Born de Solutione Pupillis et Minoribus, et ab iis tuto facienda.

§. 7.

Die ganze Schuld muß bezahlt werden, denn durch die Bezahlung soll man von der Verbindlichkeit befreyt werden. Man kann aber von der

Ver-

Verbindlichkeit nicht los werden, als wenn man die ganze Schuld bezahlt hat. Es ist auch die ganze Schuld in der Verbindlichkeit enthalten, also hat auch der Creditor ein Recht, das Ganze zu fordern. Denn es gilt nicht gleich viel, ob der Debitor die ganze Schuld bezahlt, oder ob er nur einen Theil bezahlt, da die stückweise Bezahlung viele Unbequemlichkeiten hat Wenn einer ein Kapital partiçulariter abträgt, so kann es seyn, daß es der Creditor nicht so wohl nutzen kann, als wenn er es ganz hätte wieder ausbringen können bey einem, der eben so viel nöthig gehabt hat, und dem mit weniger nicht gedient ist. Weil demnach particularis Solutio Unbequemlichkeiten mit sich führt, so kann sie einem Gläubiger nicht aufgedrungen werden. Ein andres aber ist es, wenn verschiedne Summen bezahlt werden, denn da habe ich eben so viele verschiedene Schuldposten. Doch darf ein Debitor nichts bezahlen, als was er unstreitig schuldig ist, das illiquidum muß erst liquid gemacht werden. Unterdessen wenn ein Theil der unstreitigen Schuld stehen bleibt, so laufen die Zinse. Um also sich von den Zinsen zu entledigen, so kann Debitor von seinem Creditore verlangen, daß er den richtigen Theil annehmen muß. Ein andres aber ist es, wenn die Gesetze dem Schuldner eine stückweise Bezahlung erlauben, z. B. bey Erben, unter welchen die Schuld schon für sich abgetheilt ist. So ist auch eine bekannte Verordnung des neuesten Reichsabschieds, daß denjenigen, die im 30 jährigen Kriege heruntergekommen sind, erlaubt seyn solle, terminweise zu bezahlen, damit sie nicht angehalten werden können, auf Einmal das ganze Debitum zu bezahlen. Dieses muß auch sonst bey verarmten Leuten beobachtet werden. Sonst aber kann dem Gläubiger eine zielweise Bezahlung nicht aufgedrungen werden. Ja er darf nicht einmal das Kapital ohne mit bezahlte Zinse annehmen. Denn das ist auch schon wieder unbequem, wenn man die Zinse hernach wieder besonders suchen solle. Es ist bekannt, daß die Zinse das Accessorium sind, und es also heißt: Accessorium sequitur suum Principale, wenn ich daher das Kapital fordern kann, so muß ich auch zugleich die Zinse mit fordern können. Schulze de Solutione particulari. Ferner muß Solutio dergestalt geschehen, daß gerade das, was man leisten soll, nicht aber etwas andres geleistet werde. Denn dasjenige kann ein Creditor von seinem Debitore fordern, was versprochen worden ist, etwas anderes kann ihm der Debitor ohne seinen Willen nicht aufdringen, weil er ein Recht gerade auf das erhalten hat, was versprochen worden. Diesemnach kann sich ein Debitor nicht durch die Zinsabführung befreyen, sondern die geht nur in subsidium an, wenn nämlich die schuldige Sache selbst, etwa wegen ihres Untergangs, nicht bezahlt werden kann. Daher kann auch Zahlungsstatt nicht anders, als mit Einwilligung des Gläubigers, geschehen. Es geht zwar an, daß man einem statt der

Bezahlung etwas anders geben kann, als was man hätte geben sollen, da muß aber der Creditor darein willigen, denn sein Recht gibts. Datio in solutum tritt an des Kaufs Stelle, also muß man Gewehr leisten. Wenn es in Anspruch genommen wird, so wird lis venditori denunciirt, und hält man sich an ihn, wenn es verlohren geht.

§. 8.

Es ist aber auch nicht genug, daß man die ganze Schuld abträgt, wenn die Bezahlung die Wirkung der Befreyung von der Verbindlichkeit haben soll, sondern man muß auch an dem verabredeten Orte bezahlen, sonst hat man auch seiner Obliegenheit noch kein Genügen gethan, weil einem gar viel davon abhangen kann, wo und zu was Zeit man bezahlt. Daher da einer Schaden haben kann, so kann man auch nicht sagen, daß wenn an einem andern Orte die Bezahlung geschiehet, sie die Wirkung der Befreyung von der Verbindlichkeit habe, sondern da kann man noch ausser der Schuld auf die Entschädigung durch die Actionem de eo, quod certo loco klagen. Sonst aber, wenn kein Ort im Vertrage ausgedrückt ist, wird allemal der Locus Contractus darunter verstanden, denn gewöhnlich, wenn de Loco Contractus nichts verabredet worden, versteht man dadurch, daß die Bezahlung in Loco Contractus geschehen soll, das Ordinarium aber wird präsumirt. Stryck de loco Solutionis. Was nun aber die Zeit anbetrift, so kann dieselbe auf verschiedene Weise beygesetzt werden, sie kann entweder zu des Schuldners, oder aber zu des Gläubigers, oder zu Beyder Gunst bestimmt werden. Dieser Zahlungstermin heißt hier *Dies*. Wenn nun eine Zeit bestimmt wird, auf welche die Bezahlung besonders zu des Schuldners Gunst geschehen soll, so kann der Debitor vorher auf die Bezahlung nicht belangt werden. Eben dadurch wiederfähret ihm ein Vortheil. Vorher ist er freylich verbunden, daß man auch sagt: Dies cessit, aber nondum venit, er kann zur Bezahlung nicht belangt werden, da wird die Bezahlung durch das Eintreten der Zahlungsfrist verschoben. Wenn ich dem Nevius ein Tuch verkaufe zu einem Kleide, und ich verstehe mich mit ihm, daß er mich erst soll bezahlen können auf künftige Ostermesse, so ist hier Dies adjectus, die Obligatio aber ist doch schon vorhanden, und verschiebt diese Zeit nicht die Verbindlichkeit selbst, sondern nur die Bezahlung. Da aber jeder seinem Vorrecht entsagen kann, so gehet es auch an, daß der Schuldner vor dieser Zahlungsfrist bezahlt. Wo hingegen es nicht angeht, daß der Creditor vorher die Bezahlung fordert. Und eben daher, wenn auch der Schuldner irriger Weise vor der Zeit bezahlt hätte, und er nimmt wahr, daß er noch lange nicht schuldig gewesen ist, zu bezahlen, so kann er dasjenige, was

er bezahlt hat, wieder zurückfordern. Z. B. er hätte ein paar Jahre vorher bezahlt, ehe er schuldig gewesen wäre, und er erkennt seinen Errorem facti, so kann er das Bezahlte zurückfordern, und z. B. während der Zeit das Geld wieder auf Interessen austhun, denn so hat er wieder Nutzen davon. Es hat auch ein solcher Debitor den ganzen Tag vor sich, so daß er zur Bezahlung nicht belangt werden kann, bis der ganze Tag verflossen ist. Denn wenn er noch in der letzten Stunde dieses Tags bezahlt hat, so muß man sagen, er hat noch an dem Tage bezahlt, und er kann also als Morosus nicht belangt werden. Was nun aber den andern Fall betrift, da die Zahlungsfrist zu des Gläubigers Gunst beygesetzt wird, wie es z. B. in Depositо geschieht, wenn z. B. Mevius mit dem Sempronius einig wird, daß er ihm sein Pferd auf Dreyviertelsjahre lang in Verwahrung behalten solle, so wird hier dieser Dies zu Gunsten des Creditoris beygesetzt, daß nämlich der Depositarius das Depositum nicht eher solle wieder zurückgeben können. Da geht es also nicht an, daß er vor der Zeit bezahlt, denn die Solutio wird hier allgemein, nämlich so genommen, daß man erfüllt, wozu man obligirt ist. Der Depositarius aber ist zur Herausgabe der in Verwahrung gegebenen Sache verbunden. Eben so kann auch der Dies sowohl des Debitoris als Creditoris gratia adjicirt worden seyn, wie bey verzinßlichen Kapitalien, denn es kann dem Debitori sehr ungelegen seyn, wenn er alle Augenblicke gewärtigen soll, daß ihm der Creditor das Kapital aufkündet. Hingegen kann es dem Creditori auch ungelegen seyn, daß ihm der Debitor das Kapital soll zurückgeben können, wann er will, denn man hat nicht immer Gelegenheit, das Geld unterzubringen. Daher können sie diesem Anlehen eine Zahlungszeit anhängen, so daß vor selbiger der Debitor die Bezahlung nicht thue. Sonst aber, wo diese 2 Casus nicht sind, da nämlich einer des Andern Recht nachlassen würde, wie in den 2 letztern Fällen, da geht es an, daß einer sein Jus remittirt, nämlich eher, als bis eine gewisse Zeit verflossen ist, zu bezahlen, denn wenn er Geld vorher liegen hat, und will gerne der Schuld los seyn, so kann er auch gegen des Gläubigers Willen die Schuld bezahlen. Wenn die Zeit der Bezahlung des Debitoris Willkühr überlassen ist, z. B. er möchte bezahlen nach seinem Gefallen, nach seiner guten Gelegenheit, so kann nach desselben Absterben von seinen Erben die Schuld sogleich gefordert werden, da der Tod der äusserste Zeitpunkt des menschlichen Willens ist. So lange demnach Debitor lebt, kann sie wider seinen Willen nicht gefordert werden. Wenn sich aber einer pure ohne Termin obligirt, so kann ich sie zwar gleich fordern, aber nicht auf der Stelle. Man muß ihm einige Zeit einräumen, und diesen Termin muß der Richter nach

den Umständen der Summe ermessen, welches das ist, was die Doctores sagen: Debitor cum sacco non venire debet ad judicium.

§. 9.

Manchmal geschiehet es, daß einer dem nämlichen Gläubiger viele Posten schuldig ist, und er bezahlt den Gläubiger. Da sind nun 2 Fälle, entweder setzt er, was dagegen abgeschrieben werden soll, oder nicht. Bestimmt er, was dagegen abgeschrieben werden soll, so muß es auch abgeschrieben werden, thut ers aber nicht, so muß man seinen Willen muthmaßlich abnehmen, nämlich dasjenige muß abgeschrieben werden, wovon man annehmen kann, daß er es hat abgeschrieben wissen wollen. Nun ist aber zu vermuthen, daß er allemal eher dasjenige lieber abgeschrieben haben will, was ihn mehr drückt, als das andere. Verzinsliche Schulden drücken ihn mehr, als unverzinsliche, alte Schulden will man auch immer lieber getilgt haben, als neue, eigene Schulden auch lieber, als für andere gut gesagte Schulden. Zinse will man auch eher abgeschrieben haben, als das Kapital, wenn man nämlich Zinse schuldig ist, auch wo keine, oder doch wenige Interessen gegeben werden, Liquida. Und also in allen diesen Fällen muß der Creditor nach der Vermuthung die Posten abschreiben gegen das, was vom Debitore ohne nähere Erklärung bezahlt worden ist. Endlich

§. 10.

was die Beweisart der Bezahlung anbetrift, so ist bekannt, daß die Bezahlung als eine Thatsache erwiesen werden muß. Man kann die Bezahlung entweder durch Quittungen oder sonst Urkunden überhaupt beweisen. Man kann sie aber auch durch Vermuthungen beweisen, von welcher Solutione conjecturata Harpprecht sehr schön geschrieben hat. Das erste ist der Modus ordinarius, denn wenn einer bezahlt, so läßt er auch über das factum Solutionis sich gewöhnlich einen Schein geben, welcher Quittung heißt, worinn der Creditor die empfangene Bezahlung bekennen muß. Und also kann man das factum Solutionis durch diese Urkunde, die darüber errichtet worden ist, auch erweisen. Denn wenn man hernach diese Quittung vorlegt, so muß der Creditor seine Hand entweder recognosciren oder eydlich diffitiren. Recognoscirt er sie, so ist das factum Solutionis erwiesen, wenn er sie hingegen eydlich diffitirt, so beweißt die Quittung nichts. Da ist aber oben schon gezeigt worden, daß eine solche Quittung nach 30 Tagen vollkommenen Glauben erhält. So lange aber die 30 Tage nicht verflossen sind, kann man die Quittung wieder begehren, wenn die Bezahlung nicht geschehen ist. Allein nicht nur auf diese Weise kann

man die Bezahlung beweisen, sondern man kann sie auch durch Vermuthungen beweisen, wenn sich solche nämlich aus Thatumständen sicher schließen lassen. Wenn z. B. die Schuldverschreibung sich sollte zerrissen oder durchstrichen befinden, so ist zu vermuthen, daß das Debitum abgetragen seye. Es giebt z. B. einer eine Handschrift von sich, und gesteht darinn, von dem Mevius 200 Rthlr. empfangen zu haben. Nachher findet sich die Handschrift zerrissen, so ist nichts anders zu schließen, als daß es der Creditor gethan hat, denn ist es zufällig geschehen, so muß es erwiesen werden, da man Handschriften verwahret, mithin es etwas ausserordentliches ist, wenn sie verlohren gehen oder zerrissen werden. So sind noch andere Fälle, da man die Bezahlung vermuthen kann, z. B. wenn das Chirographum sich in des Debitoris Händen befindet, denn weil der Creditor die Schuldscheine vor der Bezahlung nicht leicht aus den Händen fahren läßt, da sie ein Beweismittel sind, so ist ganz natürlich zu vermuthen, daß diese Schulden abgetragen worden sind. Denn man kann nicht annehmen, daß der Debitor dem Creditori das Chirographum weggenommen habe, da kein Verbrechen vermuthet werden kann, und also ist vielmehr im Gegentheil zu vermuthen, daß es ihm wegen zurückbezahlter Schuld wieder zurückgegeben worden sey. Das sind die Fälle, von welchen Struv zu verstehen ist, wenn er sagt: Durch Vermuthungen und Schlüsse lasse sich bisweilen bey alten Schulden die Bezahlung beweisen. Aber ex tempore longissimo allein, wie einige thun wollen, kann man Solutionem noch nicht erweisen, sondern in dergleichen Fällen findet Praescriptio statt. Die ist eben auch dazu eingeführt, daß wenn so viel Zeit verflossen ist, als zur Praescriptione nominum erfordert wird, man nicht auf eine praesumtam solutionem zurückgehen darf, sondern Exceptio praescriptionis statt findet. Noch ist zu merken, daß unter den Auctoribus, welche de solutionibus geschrieben haben, der beste ist: Brisson de solutionibus, Florens, dessen Opera zu Paris gedruckt sind, und zwar quoad Theoriam. In Praxi aber sind die besten Scriptores de Solutionibus: Freyer, Georg Werner, und Lauterbach in einer besondern Dissertation.

§. 11. und 12.

Acceptilatio heißt eine vorgebildete, erdichtete Bezahlung, und ist der feyerliche Nachlaß einer Schuldforderung. Nach dem Jure romano wurde ad solutionem eine Stipulatio erfordert. Da gieng der Debitor zum Creditore, und sagte: Habesne acceptum, quod ego tibi debeo? e. gr. istam Summam 100 Thalerorum, quam tibi debeo, acceptam? Sagte der Debitor: ego istam Summam 100 Thalerorum, quam mihi debes, acceptam habeo, so war das eine Acceptilatio, und hatte völlige Kraft.

Das

Das war also eine solennis Remissio debiti. Da aber heut zu Tage das abgekommen ist, daß man dergleichen Stipulationes gebraucht, so ist auch kein Unterschied inter Acceptilationem et inter pactum de remittendo. Ich bin z. B. nicht im Stande zu bezahlen, habe aber doch dem Mevius viele Dienste geleistet, und gehe demnach hin, und bitte ihn, daß er mir die Schuld nachlassen oder für bezahlt annehmen möge, und er thut es, so gilt diese simplex Remissio debiti so viel, als die solennis bey den Römern. Bey den Römern war inter pactum de non petendo et Acceptilationem der Unterschied, daß man ex pacto de non petendo keine Klage, sondern eine bloße Einrede hatte, oder mediante Exceptione die Obligatio aufgehoben wurde, per Stipulationem hingegen wurde sie ipso Jure aufgehoben. Aber eben daher kam es auch bey den Römern, daß nicht alle Obligationes per Acceptilationes konnten aufgehoben werden, denn sie hatten das Principium: Auf welche Art etwas entstanden ist, auf die nämliche Art soll es auch wieder aufgehoben werden. Das war ein willkührliches Gesetz. Also sagten sie: Da Remissio solennis eine Stipulation, mithin ein Contractus verbalis ist, so kann keine Obligatio durch die Acceptilation aufgehoben werden, als verbalis, deswegen haben sie eine eigene Stipulation eingeführt, die Stipulatio *aquiliana* hieß, durch welche nemlich alle übrige aus andern Contrakten entstehende Verbindlichkeiten in Stipulationen verwandelt werden konnten, damit sie verbales würden, und nachher durch die Acceptilationem aufgehoben werden könnten. Z. B. Debentur mihi 100 ex Emto, interrogo Debitorem meum, centum, quos tu ex Emto debes, hos mihi dare spondes? Resp. Spondeo. Jam Debitor, centum, quos ego tibi dare spospondi, num acceptos fers? Respondet Creditor, acceptos fero. De Acceptilatione hat Sebastian Medices einen Tractat geschrieben, der bey seinen Operibus sich befindet, die zu Venedig gedruckt sind. Allein das alles hat man heut zu Tage nicht mehr nöthig, da bey uns die Pacta so viel, als die Stipulationes gelten.

§. 13.

Novatio ist auch ein Modus tollendi Obligationem. *Novare* heißt so viel als mutare, verändern. Daher haben wir ja die Titel: ne sede vacante quid innovetur in Jure Canonico, ne pendente Lite quid innovetur, da allemal die Novatio eine Mutationem bedeutet. Hier bedeutet Novatio eine Veränderung in Ansehung der Verbindlichkeit. Sie ist nun *accessoria* oder *privativa*. Accessoria heißt diejenige, wodurch eine neue Verbindlichkeit zu der vorhandenen hinzukömmt, dergleichen ist litis Contestatio.

Denn wenn ich einem 1000 Rthlr. ex mutuo schuldig bin, und es wird Lis darüber contestirt, so bin ich ihm die 1000 Rthlr. nicht nur schuldig ex mutuo, sondern ich bin sie ihm auch schuldig zu bezahlen ex Litis Contestatione, wenn der Richter sie dem Debitori zuerkennen wird. Diese wird auch *necessaria* genannt, weil der Reus auf die Klage antworten muß, also wird Debitor dazu gezwungen. Es kommen nur neue Eigenschaften hinzu. So macht sie die durch Zeit oder Tod verlohren gehenden Klagen fortwährend (perpetuas), daß also die Actiones ex delicto in L. C. auf die Erben fallen, daß temporalis Actio auf 30, perpetua auf 40 Jahre dauert. Es giebt aber auch eine Novationem *privativam*, wodurch eine Obligatio ganz aufgehoben, oder eine Eigenschaft der Forderung verändert wird, z. B. wenn ich bey dem Mevius 1000 Rthlr. an Geld deponirt habe, und ich leihe ihm diese 1000 Rthlr., so ist Novatio geschehen. Das ist aber Novatio privativa, denn die Obligatio prior ex Depositо hat aufgehört, und ist nunmehr eine Obligatio ex mutuo vorhanden. So kann man auch eine qualitatem an einem Debito ändern. Das Debitum ist z. B. vorher ein Debitum in diem contractum gewesen, so geschiehet Novatio, wenn ex hoc debito in diem ein debitum purum gemacht wird. Da hört denn Obligatio prior nicht ganz auf, sondern es wird nur eine Qualitas daran geändert. Diese Novatio privativa nun wird in Novationem *in specie sic dictam*, et *in Delegationem* eingetheilt. Novatio in specie sic dicta ist diejenige, wodurch Obligatio prior aufgehoben und in eine andere verwandelt wird. Gesetzt es wäre einer noch viel in Ansehung seiner Miethe schuldig, darüber stellt er einen Wechsel aus, so ist Novatio geschehen, die Novatio in specie sic dicta heißt, denn er ist nunmehr dieses Locarium nicht mehr als solches schuldig, sondern als einen Wechsel, und solchergestalt ist die vorige Verbindlichkeit in eine andre verwandelt. Was aber die *Delegationem* anbetrift, so heißt dieselbe eine solche Mutatio circa debitum, da Obligatio prior oder das Debitum zwar verbleibt, allein die Person des Schuldners oder des Gläubigers, oder Beyder zugleich verändert wird. Z. B. ich bin dem Mevius 1000 Rthlr. schuldig, mein Bruder will für mich bezahlen, deswegen führe ich meinen Bruder zu dem Mevius, und frage ihn, ob er meinen Bruder für mich annehmen will, thut ers, so ist Novatio geschehen, und diese Novatio heißt *Delegatio*. Sobald er meinen Bruder annimmt, sobald bin ich frey, daher muß er mich auch quittiren, und ist es so viel, als hätte ich ihn bezahlt. So setze man ferner, daß ich eine Schuldforderung an den Sempronius hätte, diese Schuldforderung aber, weil ich nichts von ihm bekommen kann, an den Lucius cedire, so ist hier der Creditor mutirt, es ist aber noch das vorige Debitum, daher ist wieder Novatio

vatio geschehen, aber die Veränderung besteht in weiter nichts, als daß ein anderer Creditor geworden ist. Da fragt sichs denn,

§. 14.

wie dieser Fall von der Cessione nominum unterschieden ist? Antw. In dem Casu Delegationis geschiehet die Cessio mit Vorwissen des Schuldners, hingegen in Casu Cessionis ohne desselben Vorwissen. So lange deswegen die Cessio dem Debitori nicht bekannt worden ist, so lange geht es auch an, daß er dem vorigen Gläubiger noch bezahlen kann. Allein bey der Delegatione geht das nicht mehr an, sondern wenn er da den vorigen Gläubiger bezahlt, und dieser ganthmäßig wird, so steht das Geld bey dem vorigen Gläubiger auf seine Gefahr. Eben deswegen behält man bey der Cessione nominum alle die Exceptiones, die man gegen den priorem Creditorem gehabt hat, und kann sie dem neuen Gläubiger entgegen halten. Hingegen bey der Delegatione renuncirt man auf die Exceptionen. In der That wird durch die Cession die Person des Gläubigers nicht verändert, weil der Cedent auch nach der Abtretung Gläubiger ist und bleibt. Der Cessionarius vertritt nur desselben Stelle, und stellt als sein Nachfolger die Klage in seinem Namen an. Hingegen hebt die Delegation die vorige Verbindlichkeit ganz auf, und folglich hat der, zu dessen Gunsten die Delegation geschehen ist, keinen Regreß an den Delegaten, wenn auch dieser gleich nicht mehr zu zahlen vermag, ausser die Delegation wäre kurz vor ausgebrochener Ganth geschehen. In solchem Falle ist der Delegant arglistig zu Werke gegangen. Endlich kann auch noch Delegatio dadurch geschehen, daß persona Debitoris et Creditoris zugleich mutirt wird. Ich bin dem Mevius 1000 Rthlr. schuldig, Sempronius aber ist mir auch 1000 Rthlr. schuldig, so gehe ich zu dem Mevius, und frage ihn, ob er nicht die 1000 Rthlr. von dem Sempronius für mich annehmen wolle, und er ist damit zufrieden, so ist hier wieder Novatio geschehen, aber Delegatio durch Veränderung des Gläubigers und Schuldners. Philippi hat zu Leipzig eine brauchbare Dissert. de Delegationibus geschrieben. De Novatione necessaria hat Fries zu Jena eine Dissert. gehalten.

§. 15.

Solenni *Oblatione* wird ebenmäßig Obligatio aufgehoben. *Oblatio* geschiehet dann vom Schuldner, wenn er seinen Gläubiger zu bezahlen sich anerbietet. Nun kann er sich auf zweyerley Art bereitwillig bezeigen, 1) nur mit Worten, oder 2) auch in der That. Mit Worten, wenn er erklärt, daß er bezahlen wolle, in der That aber, wenn er das Geld oder die Sache bey sich hat,

hat, was er zu leisten schuldig ist. Die erste Oblatio heißt *Verbalis*, die andere *Realis*. Was nun Oblationem realem betrift, so kann sie wieder eingetheilt werden in *simplicem*, seu *minus solennem* et in *solennem*. *Solennis* heißt diejenige, welche gerichtlich, nebst einer Niederlegung und Versiegelung geschicht. Wenn also der Debitor das Geld oder die Sache, die er zu prästiren schuldig ist, bey sich hat, der Creditor aber solche nicht annehmen will, so kann es der Debitor gerichtlich melden, da denn der Creditor citirt werden muß, und es ihm noch einmal gerichtlich offerirt wird. Will ers dann wieder nicht annehmen, so wird das Geld gerichtlich deponirt, oder in die Gerichte gelegt und versiegelt. Denn weiter kann vom Debitore nichts gefordert werden. Wenn einer, der dem Andern obligirt ist, alles thut, was auf seiner Seite zur Erfüllung der Verbindlichkeit erfordert wird, so muß er seine Schuldigkeit erfüllt zu haben angesehen werden. Das ist nun von großem Erfolge. Denn habe ich meiner Verbindlichkeit ein Genügen gethan, so bin ich davon befreyet. Bin ich aber von der Hauptverbindlichkeit befreyt, so fallen auch alle Nebenverbindlichkeiten hinweg. Also hören die Pfänder, die Fidejussores auf, beydes ist eine Folge der Oblationis. Dabey fallen aber auch, wenn ich nicht mehr obligirt bin, die Zinse weg, und also kann der Creditor einen auch nicht weiter zu Zinsen anhalten. Er ist morosus, indem er das Geld nicht annehmen will, das ihm offerirt worden, und solchergestalt geht auch die Gefahr der auszuhändigenden Sache auf ihn, denn allemal trift das periculum in morosum. Aber eben deswegen, damit ihm eine Verzögerung in Ansehung der Annahme beyzumessen oder er pro morosо gehalten werden kann, muß es gerichtlich geschehen, und Depositio et Obsignatio hinzukommen. Denn wenn es gerichtlich und obsignirt da liegt, so kann er es immer haben, wann er will. Deswegen es auch an obrigkeitlichem Orte verwahret werden muß, wo er es immer haben kann, wann er es haben will. Wenn er Schaden davon hat, oder die Vsuras während der Zeit missen muß, hat er es niemand, als sich zuzuschreiben. Denn man sieht die Schuld für bezahlt an. Eben daher, weil diese Oblatio solennis an Zahlungsstatt ist, kann auch dieselbe von keinem, als der bezahlen kann, geschehen. Sie kann auch keinem geschehen, als dem bezahlt werden kann, und was bey der wirklichen Bezahlung zu beobachten ist, das ist auch bey dieser Oblatione solenni zu beobachten. Nun ist bereits oben gezeigt worden, daß nicht eine Sache für die andre, sondern gerade die schuldige Sache herausgegeben werden müsse Wenn man auch einen per Oblationem solennem bezahlen will, so muß man präcise dasjenige gerichtlich deponiren und obsigniren lassen, was man hat bezahlen sollen. Es muß auch die ganze Schuld bezahlt werden, ausgenommen wo particularis Solutio angeht.

Also

Also muß auch das totum debitum offerirt werden, in eben der Summe, und eben der Sorte Gelds, in welcher es hätte bezahlt werden sollen. Eine minus solennis Oblatio hingegen kann den Erfolg nicht haben, wenn sie auch gleich realis ist. Man erhält dadurch nur so viel, daß man nicht in mora ist, und Zinse geben muß. Es hat einer z. B. das Geld bey sich, und der Creditor will es doch nicht annehmen, er verlangt noch mehr, und sagt: er wäre theilweise Bezahlung anzunehmen nicht gehalten, der Debitor aber sagt: Der übrige Theil ist noch nicht im Reinen, ich brauche aber nichts zu bezahlen, als das Debitum liquidum, das must du annehmen, er will aber nicht, so nimmt jener sein Geld wieder zurück, und kann ihm in Ansehung der liquiden Summe, welche er hat bezahlen wollen, keine mora beygemessen werden. Mithin hat diese realis Oblatio auch ohne Obsignation und Depositon den Erfolg, daß die Zinse in soweit aufhören. Allein die Obligatio wird doch dadurch nicht aufgehoben, denn er hat das Geld noch bey sich, und also bleiben auch noch die Pignora, die Fidejussores nach wie vor, folglich sieht man, daß für die blos wörtliche Anerbietung gar kein Erfolg übrig bleibt, als in Fällen, wo keine realis geschehen kann, wie bey fundis, oder bey immobilibus, da kann keine Oblatio anders geschehen, als Verbis, daß man nämlich dem Andern mit Worten die Erlaubnis ertheilt, in fundum sich zu begeben, und denselben sich zuzueignen. Will einer das nicht thun, so kann man sodann sich verwahren, daß man in Ansehung der Gefahr nicht weiter verbunden seyn wolle. Die Klugheit erfordert, daß man bey einer Realoblation ausser Gerichten 2 Zeugen mitnimmt, die hören, daß man nicht nur zum Creditore gesagt: sein Geld liege zu Hause, welches verbaliter hieße, sondern sehen, daß man den Beutel aufgemacht und das Geld hingezählt hat, sonst könnte er es läugnen und abschwören. Freylich aber wird erfordert, daß wenn die Solennis ihre Wirkung haben soll, die Depositio gehörig geschehen sey. Das ist nun geschehen, wenn sie gerichtlich geschehen ist, und zwar durch Vorladen des Gläubigers von des Schuldners Richter. Ex Lege diffamari oder ex L. si contendat kann man coram judice diffamantis citirt werden, also auch hier ad videndum deponi, damit er weiß, er kann das Geld haben, wann er will, und sich nicht damit entschuldigen, daß er von der Oblatione nichts erfahren hätte. Dann muß auch die Obsignatio legitima seyn. Sie geschiehet aber legitime, wenn sie auch wieder in Gegenwart des Creditoris, oder wenn er nicht erscheinen will, vor dem Richter geschieht. Das ist aber nicht nöthig, daß vor dem Richter das Geld vorgezählt wird, sondern wenn nur von den Zeugen die Summe bewiesen werden kann, und daß das totum Debitum bezahlt worden ist. Das heißt Depositum *juris* zum Unterschiede des Depositi facti.

facti. Dieſes iſt modus Obligationem contrahendi, jenes aber modus Obligationem diſſolvendi.

§. 16.

Compenſatio, ſagt man, geſchieht alsdann, wenn der Gläubiger ſo viel ſchuldig iſt, als er von dem Schuldner zu fordern hat, oder, wenn das Credit und Debet gegen einander abgerechnet werden, ſagt man, es iſt Compenſatio geſchehen, daher die Compenſatio debita mutua, und alſo auch Debitores oder vielmehr Creditores mutuos erfordert. Und warum dadurch ein Debitum das andere aufhebt, iſt aus jedem einzelnen Falle klar. Denn wenn ich einem 50 Rthlr. ſchuldig bin, und er wird mir wieder 50 Rthlr. ſchuldig, ſo brauche ich ihm nicht erſt die 50 Rthlr. zu bezahlen, denn er müßte ſie mir ja gleich wieder bezahlen, ſondern es hebt ſich gegen einander auf. Dieſemnach iſt Compenſatio eingeführet, damit aller Umſchweif vermieden würde. Es iſt auch eine Art der Bezahlung, wenn man compenſirt, und zwar die allerbeſte Art, da ſie ſich am allergeſchwindeſten erweiſen läßt. Daher kann man auch dieſe Exception noch bey der Vollſtreckung der Urthel entgegen halten, denn die Execution geht darauf, daß man bezahlen ſoll, iſt aber Compenſatio geſchehen, ſo hat man bezahlt. Sonſt müſſen die Exceptiones vor gefälltem Endurtheil vorgebracht werden, und diejenigen, die vorher nicht vorgebracht worden ſind, fallen nachher weg, ſonſt könnte der Proceß niemals ein Ende gewinnen. Allein Exceptiones, welche das Urthel nicht anfechten, können auch nachher vorgebracht werden. Dahin gehört Exceptio compenſationis. Denn da bringt man nichts gegen die Sentenz vor, ſondern man bezeigt ſich vielmehr derſelben gemäß, da man bezeuget, daß man bezahlt und alſo präſtirt habe, wozu einen die Urthel anhält. Weiter ſagt Struv: Quod et Vis et Effectus Compenſationis Jure contingat, h. e. Actus aut factum non requiratur, niſi hactenus, ut objiciatur, alias enim de Voluntate Compenſantis non poſſet conſtare Judici. Man braucht nämlich, wenn ſolche gegenſeitige Forderungen zwiſchen dem Gläubiger und Schuldner vorhanden ſind, nichts de Compenſatione zu verabreden, ſondern ſie geſchiehet per ſe, indem des Gläubigers Schuldforderung an den Schuldner durch dieſes ebenmäßige Forderung aufgehoben wird. Unterdeſſen hängt es doch von dem Schuldner ab, ob er ſich der Exceptionis Compenſationis bedienen will oder nicht, denn es kann ja auch geſchehen, daß wenn mir mein Creditor wieder etwas ſchuldig worden, ich nicht compenſiren will, ſondern ich will es ihm remittiren, und doch ſchuldig verbleiben, was ich ihm bisher ſchuldig geweſen bin, etwa wegen großer Gefälligkeit, die er mir dadurch, daß er mir geborgt hat, erwieſen hat. Solchemnach kann der Rich-

ter

ter nicht wissen, ob Compensatio geschehen ist oder nicht, wenn nicht der Debitor sie selbst vorbringt. Eine andere Frage ist, wenn der Debitor die Exceptionem obmovirt, ob der Effectus Compensationis, h. e Liberatio ab Obligatione erst von der Zeit der vorgebrachten Compensation sich äussert, oder aber ob nicht schon vorher diese Compensatio Effectum Liberationis ab Obligatione gehabt hat. Im Jahre 1740 an Michaelis habe ich 400 Reichsthaler zu 5 Procenten entlehnt, in Einem Jahre wieder zu zahlen. In eben dem Jahre an Ostern kauft mir der Creditor eine Wiese ab für 400 Rthlr. Ich tradire sie ihm, bekomme aber kein Geld. Er stirbt, seine Erben verklagen mich an Michaelis. Ich opponire Exceptionem Compensationis. Quaer. Wann geht die Compensatio in ihre Wirkung? Antw. Von der Zeit der entstandenen wechselsweisen Forderung. Wann war aber dieses? A. An Ostern, da er mir die Wiese abkaufte, welches so viel hilft, daß ich von der Zeit an keine Zinse geben darf. Wovon unten mit mehrerm zu handeln Gelegenheit seyn wird.

§. 17.

Wie müssen die Debita mutua beschaffen seyn, wenn sie einander aufheben sollen? Antw. Die Debita müssen von der nemlichen Art seyn. Z. B. Ich bin dem Nevius ein Ohm Frankenwein, er mir hingegen ein Ohm Rheinwein schuldig, da hat keine Compensatio statt. Denn es ist eine Verschiedenheit der Eigenschaft vorhanden. Auch müssen die mutua Debita liquida seyn. Ich habe dem Javolenus ein Reitpferd zu verehren versprochen, sein Bruder stirbt, und vermacht mir 50 Rthlr. Er fordert hernach das Pferd. Kann ich da Compensationem vorschützen? Nein, denn das Pferd könnte wohl 80 oder mehr Rthlr. werth seyn, welchenfalls er zu kurz käme. Diesemnach gilt Compensatio nicht inter speciem et quantitatem. Oder ich bin dem Titius 1000 Rthlr. schuldig. Er stirbt, sein Bruder aber ist ein Baumeister, und jener verordnet, daß sein Bruder aus meinen Baumaterialien mir ein Haus aufbauen solle ohne Entgeld. Kann ich ihm die Compensation entgegen halten? Nein, denn er ist mir ein Factum, ich ihm aber eine quantitatem zu prästiren schuldig. Denn wenn Compensatio statt findet, so soll es so viel seyn, als wäre das Debitum bezahlt worden, man darf aber keine Debita bezahlen, als die Debita liquida. Wenn ich liquid dem Sempronius 1000 Rthlr. schuldig bin, und er ist mir auch liquid 1000 Rthlr. schuldig, so wäre es vergeblich, wenn ich ihm die 1000 Rthlr. erst geben sollte, denn er müßte sie mir ja gleich wieder geben, und daher ists so viel, als hätte er mir die 1000 Rthlr. gegeben oder bezahlt. Wenn ich aber dem Sempronius 1000

Rthlr. liquid schuldig bin, und er ist mir auch 1000 Rthlr. schuldig, aber illiquid, so kann da keine Compensatio statt finden, denn so lange, als es illiquid ist, braucht er mich nicht zu bezahlen, hingegen muß ich ihn bezahlen, weil mein Debitum, womit ich ihm verhaftet bin, liquid ist. Mithin da man bey der Compensation dafür hält, daß der Debitor und Creditor einander bezahlt haben, so geht es nicht an, daß das liquidum cum illiquido compensirt werden kann. Perer Müller de Liquido ejusque Jure. Eben so gehts auch nicht an, daß ein Debitum purum mit einem Debito conditionali compensirt werden kann. Z. B. Ich bin dem Mevius 1000 Rthlr. schuldig ohne alle Bedingung, und alsbald, ohne auf eine gewisse Zeit zu sehen; er hingegen ist mir schuldig, 1000 Rthlr. zu bezahlen, aber nicht gleich jetzt, sondern erst auf eine gewisse Zeit, und unter einer gewissen Bedingung, so kann er auch wieder nicht angehalten werden, mich zu bezahlen, ich hingegen kann angehalten werden, und bin schuldig, ihn gleich zu bezahlen. Solchergestalt kann man hier wieder nicht annehmen, als wenn einer den Andern bezahlt hätte, denn das erforderte, daß alle beyde auf gleiche Weise schuldig gewesen wären, einander zu bezahlen. Javolenus ist mir 50 Rthlr. schuldig, welche gestern fällig gewesen. Ich habe ihm 50 Rthlr. versprochen zur Hochzeit seiner Tochter, die mein Pathe ist, hier hat keine Compensation statt, weil eine bedingte Schuld vor erfüllter Bedingung eigentlich keine wahre Schuld ist, welche aber bey der Compensation nothwendig erfordert wird. Allein das ist auch nicht genug, sondern es muß auch die nämliche Summe seyn. In so weit eines größer ist, als das andere, in so weit bleibt noch die Obligatio. Ich bin dem Mevius 1000 Rthlr. schuldig, hingegen ist er mir nur 500 Rthlr. schuldig, so concurriren zwar unsere Debita mutua quoad Summam 500 Thalerorum, und in soferne compensiren sie sich, aber es bleiben noch 500 Rthlr. übrig, die können nicht abgerechnet werden, denn es findet sich beym Gläubiger nichts, so in Debitore mit dieser Summe concurriret, und daher bleibt hier die Obligatio noch in Ansehung des Rests. Ich bin dem Mevius 100 Rthlr. schuldig ohne Zinse, er ist mir 100 Rthlr. schuldig mit den Zinsen, hier hat Compensatio statt in Ansehung des Kapitals, die Interessen zahlt der, so solche versprochen hat. So auch, wenn einer dem Andern 1000 Rthlr. zu 6 Procenten, einer 1000 Rthlr. zu 4 Procenten schuldig ist. Denn erstlich hat Compensatio statt in Ansehung der Kapitalien, nachgehends auch wegen der Zinse. Bey der ersten Eigenschaft der Schuldposten, daß sie nämlich wechselseitig sind, kommt es auch darauf an, welche Debita pro liquidis zu halten sind. Da heißt es denn, Debitum liquidum ist, was der Creditor nicht läugnen kann, entweder wegen seiner eigenen Bekenntnis, oder wegen seiner Hand. Es heißt aber auch Debitum li-

qui-

quidum, welches sogleich so liquid gemacht werden kann, daß der Schuldner solches nicht mehr bezweifeln kann. So kann intra terminum probatorium ein Debitum von einem Creditore erwiesen und dadurch liquid werden. Daher sagt Struv: Quaenam sit celeris et parata probatio, et intra quod tempus fieri debeat, cum in Jure expressum non sit, arbitrio discreti Judicis committitur. Der Richter pflegt aber ordentlicher Weise einen gewöhnlichen Terminum probatorium anzusetzen, und wenn dann innerhalb dieser Beweisfrist die Schuld dergestalt erwiesen werden kann, daß sie der Debitor nicht mehr läugnen kann, so wird das Debitum pro liquido gehalten. In dem Verstande wird es genommen, wenn es heißt: Liquidi cum illiquido nulla est Compensatio, und bedeutet *in continenti* so viel, als intra Terminum probatorium. Der Zahlungstermin wird zu Gunsten des Debitoris angesetzt. Endlich müssen auch die Debita mutua eigen seyn. Ein Pupill hat von einem Kaufmanne 500 Rthlr. zu fordern. Der Tutor ist eben demselben Kaufmanne 200 Rthlr. schuldig. Hat da Compensatio statt von Seiten des Kaufmanns? Antw. Nein, denn er fordert ja für sich nichts, sondern von wegen des Pupillen. Oder wenn ein Advokat seines Klienten Schuldner wegen Schulden von 200 Rthlr. belangt, der Advocat aber ist diesem Debitori 200 Rthlr. schuldig, so wäre es eben so widersinnisch, wenn der Debitor Compensationem vorschützen wollte.

§. 18.

Ferner können nur Quantitates miteinander compensirt werden, oder Compensatio besteht nur in his, quae pondere, numero et mensura constant. Doch kann sie in Speciebus geschehen, wenn Species oder Individua einen bestimmten Werth haben, z. B. 50 Rthlr., die der Debitor dem Creditori schuldig ist, können compensirt werden durch 50 Rthlr., die der Creditor dem Debitori schuldig worden ist. Hingegen setze man, daß dem Manne sollte Dos aestimato gegeben worden seyn, so hat derselbe seinen gewissen Werth. Es ist z. B. der Fundus dotalis 2000 Rthlr. werth. Nun setze man, daß die Erben der Frau, oder die Frau selbst wieder dem Manne 2000 Rthlr. schuldig geworden, so kann auch diese Quantitas oder diese Species certae aestimationis compensirt werden durch diese 2000 Rthlr., die dem Mann der Frau Erben schuldig worden sind, denn es ist der nämliche Grund, ob man eine gewisse Quantität dem andern schuldig ist, z. B. eine Summe von 200 Rthlr. oder ob man ihm eine Sache, die 200 Rthlr. werth ist, schuldig ist, in so weit man nämlich bey einer Sache nur auf ihren Werth siehet. Ich habe mit dem Lucius gewettet, er hat gesetzt 100 Rthlr. und ich meinen fetten Ochsen. Ich ver-

ſpiele, da ich ihm aber die Wette präſtiren ſolle, ſtirbt ſein Bruder, und vermacht mir ſeinen Ochſen im Stalle. Quaer. Können wir da compenſiren? Antw. Nein, Species cum Specie qua tali non poteſt compenſari, denn Ein Ochſe könnte beſſer ſeyn als der andere. Um noch viel weniger geht es an, wenn eine Species einen Lieblingswerth haben ſollte. Z. B. Titius iſt mir ein Gemälde, das von meinen Vorfahren herkömmt, und an mich vermacht worden, zu präſtiren ſchuldig. Ich werde nun dem Titius wieder etwas ſchuldig, eine Summe von 50 Rthlr. Titius ſagt: das Gemälde iſt weiter nicht werth, als 50 Rthlr., wie es alle Maler äſtimiren werden, alſo ſind dieſe mutua debita compenſirt. Da kann ich ſagen: hier haben wir nicht Debita ejusdem quantitatis, denn geſetzt auch, daß das Gemälde 50 Rthlr. werth wäre, ſo iſt noch ein Pretium affectionis darüber dabey, daß es etwa von meinen Vorfahren herkömmt, oder wohl gar einen meiner Vorfahren vorſtellt, und eine Abbildung davon iſt. Um dieſes pretii affectionis halber wird dieſes Debitum ſpeciei, ob es gleich ſeinen beſtimmten Werth hat, für größer gehalten, als die Forderung, die er an mich hat, und daher ſind hier nicht Debita ejusdem quantitatis vorhanden. Wenn man alſo Speciem cum Specie, ſeu Quantitatem cum Quantitate compenſiren will, muß man nicht weiter bey der Specie oder bey der Sache auf etwas zu ſehen haben, als auf ihren wahren innern Werth, und nicht auf das Pretium affectionis, denn das iſt etwas, das vielmehr in einer gefaßten Meynung beſteht, als bey der Sache ſich befindet. Und ſo muß man denn Struven beſchränken, wenn er ſagt, daß die Compenſatio nur in quantitatibus ſtatt finde, ſeu quod ſolae quantitates, vel ea, quae numero, pondere et menſura conſtant, Compenſationem recipiant. Man begreift daher leicht, daß Compenſatio in Depoſito nicht ſtatt hat, da Res depoſita in ſpecie zu reſtituiren iſt. Hingegen findet ſie auch gewiſſermaſſen bey Verbrechen ſtatt. Ich bin z. B. dem Mevius 40 Rthlr. ſchuldig, er ſchießt einmal trunkener Weiſe mein Pferd todt, das 40 Rthlr. werth iſt, kann er mit mir compenſiren? Antw. Ja, obgleich mein Debitum ex Contractu, ſeines aber ex Delicto herrühret. Ja man ſetze, eine Ehefrau habe Ehebruch begangen, und der Mann habe es nicht beſſer gemacht. Können Beyde oder Eines auf die Eheſcheidung klagen? Antw. Nein, denn hier ſind die nämlichen Verbrechen, welche in Anſehung des Privatintereſſe compenſirt werden, in Anſehung des Staats aber müſſen ſie beyderſeits die feſtgeſetzte Strafe ausſtehen.

§. 19.

Compenſatio fällt bey Steuern und Anlagen, und ähnlichen, wie Struv ſagt, weg. Man kann aber nicht allgemein ſagen, daß die Compenſation

sation gegen den Fiscus gar nicht statt finde. Wenn man z. B. dem Fiscus ex Contractu oder ex Delicto, z. B. eine Geldstrafe schuldig ist, und der Fiscus ist einem wieder etwas schuldig worden, man hat ihm z. B. Geld vorgestreckt, so sind das Debita liquida, quantitatis ejusdem, et ejusdem qualitatis, da gilt es gleich viel, ob man wirklich bezahlt, oder ob man compensirt. Anders verhält es sich bey den Anlagen, da gilt es nicht gleich viel, ob die Anlage, so man schuldig ist, bezahlt, oder ob sie compensirt wird, denn die Contributiones sind zu gewissen Staatsausgaben bestimmt, und diese Onera müssen abgetragen werden. Ließ man aber Compensationem zu, so könnte es seyn, daß es an Einkünften zu Bestreitung dieser Unkosten fehlte. Daher gilts hier nicht gleich viel, ob man bezahlt, oder ob man compensirt. Folglich muß man wegen der Staatserfordernisse allemal die Anlagen bezahlen, hingegen bleibt einem doch nachher sein Regressus gegen den Fiscum in salvo. Die Stadt ist z. B. arm, und hat kein Aerarium publicum, daher müssen die Bürger jederzeit zusammen legen, wenn die Rathsherren ihr Salarium haben sollen. Nun hat ein Bürger vorher der Salarienkasse ein Stück Geld vorgeschossen Wenn nun die Anlage von ihm gefordert wird, kann er die Compensation opponiren? Antw. Nein, aber seine Anforderung bleibt ihm in salvo. Auch wird noch vorausgesetzt, wo die Compensatio bey Schuldposten aus Vertrag oder Verbrechen gegen den Fiscus statt finden soll, *ut eadem statio debeat*, d. i. daß die mutua debita in Eine Kasse gehören. Ein Amtmann hat z. B. von der Kammer ein Gut gepachtet zu 3000 Rthlr. Er hat ihr einen Vorschuß gethan zu 4000 Rthlr., die Pension wird von ihm gefordert. Kann er Exceptionem Compensationis opponiren? Antw. Ja, denn hier ist die nämliche Kasse, eadem statio. De Compensatione Debitorum publicorum hat Ferdinand Christoph Harpprecht geschrieben. Rivinus de Compensat. inter Cohaeredes. Hingegen kann man, wenn man dem Accisschreiber etwas schuldig ist, und die Kammer einem wieder etwas schuldig geworden, der Compensation sich nicht bedienen, non eadem statio debet, seu non eadem Cassa, denn wenn ich hier z. B. in die Accise etwas schuldig bin, und wollte es compensiren durch das, was mir die Kammer schuldig ist, weil ich ihr etwas vorgeschossen habe, so kann man nicht dafür halten, daß ich den Accisschreiber bezahlt hätte, denn was bey der Kammer oder in Cassa Camerae ist, das ist deswegen noch nicht in Camera Accisae, das sind verschiedne Stationes, und doch soll die Compensatio ihren Effectum Liberationis ab Obligatione haben, weil es eben so viel seyn soll, als hätte man bezahlt. Hier kann man ja nicht annehmen, als wäre der Accisor bezahlt, weil er doch die 100 Rthlr. nicht bekömmt, welche einem die Kammer schuldig ist, wie auch Wernher in seinen Observationibus

nibus angemerkt hat. Weil nun der Fiscus viele Stationes hat, kann also überhaupt keine Compensatio statt finden, als ubi eadem Statio est Sonst wenn einer ein Delictum begangen, und vom Fisco in eine Geldstrafe verurtheilt worden, er aber hätte dem Fisco 4000 Rthlr. vorgeschossen, in 2000 Rthlr. würde er condemnirt, da könnte er Exceptionem Compensationis opponiren und sagen: Ihr seyd mir 4000 Rthlr. schuldig, zieht die 2000 davon ab, so bekomme ich doch noch 2000 Rthlr. So kann man auch nicht Compensationem wegen gegenwärtiger und künftiger schuldiger Verpflegung entgegensetzen. Denn da hätte wieder derjenige, welcher alimenta futura fordern kann, zu befürchten, daß es ihm an seinen alimentis gebrechen könnte, wenn ihm nämlich Exceptio Compensationis opponirt werden könnte, und doch soll es keinem an den nöthigen alimentis gebrechen, da er sonst betteln gehen, oder wohl gar Hungers sterben müßte. Aber wegen der Verpflegung für die schon vergangene Zeit, weil diese für keine eigentliche Alimentation gehalten wird, hat Compensatio statt. Aus eben dieser Ursache findet auch keine Compensatio in den Fällen statt, da man z. B. etwas von Kapitalien schuldig ist, deren Einkünfte zu Besoldung der Staats- und Kirchenbedienten bestimmt sind, denn sonst könnte es durch die Compensation wieder geschehen, daß diese Leute ihre Salaria nicht bekämen. Und eben deswegen ist auch bey dem Deposito verordnet, daß keine Compensatio statt finden soll, denn wenn hier Compensatio in Deposito statt finden sollte, so könnte es geschehen, daß einer um die Sache käme, die er manchmal im Nothfalle dem Andern anzuvertrauen hat. Da könnte sich einer manchmal ein großes Bedenken machen, und könnten also viele Sachen dadurch zu Grunde gehen. Ausserdem schlägt noch obige Ursache an, weil man die Rem depositam in specie zu restituiren hat, und bey ihr nicht auf eine gewisse Aestimation, die sie hat, sondern auf sie in individuo sieht, oder darauf, daß man sie in individuo wieder erhält, wie man sie deponirt hat. Auf die erstere Ursache hat das Jus Canonicum in specie in Titulo de Deposito gesehen, auf die zweyte Ursache aber sieht man in specie in Jure civili.

§. 20.

Man setze voraus, was oben von der Wirkung der Compensation beygebracht, und den Fall, daß vor 10 Jahren mir mein Creditor 1000 Rthlr. schuldig geworden, so haben sich schon dadurch vor 10 Jahren die 1000 Rthlr. compensirt womit ich ihm verhaftet war, und also, wenn er mich nach 10 Jahren auf diese Summe belangt, so muß ich ihn zwar mit der Exceptione Compensationis abweisen, allein diese Compensation hat nicht erst von dieser Zeit

an

an nach 10 Jahren, da sie opponirt wird, ihre Wirkung, sondern ich bin schon vor 10 Jahren von der Schuldforderung befreyet worden, so daß er schon von 10 Jahren her keine Zinse mehr von mir hat fordern können, wenn er etwa nach 10 Jahren hätte kommen, und mich auf diese Summe von 1000 Rthlr. nebst Zinsen belangen wollen. Das ist eben der Erfolg davon, daß die Compensatio ipso Jure, d. i. ohne Verabredung der Parthien, ohne richterliche Billigung, ohne irgend eine menschliche Handlung geschieht. Felz Diss. de Compensationibus. Ludovici Diss. de Juramento Compensationem non excludente.

§. 21.

Was ist für ein Unterschied inter Compensationem et *Retentionem*? Denn es sind einige, welche die Retention mit ad Compensationem rechnen, gleichwie auch gemeiniglich Compensatio in *temporalem* et in *perpetuam* eingetheilet wird, da man dann die temporalem Retention nennet. Allein es kann Retentio keineswegs für eine Art der Compensationis gehalten werden, denn Compensatio ist eine Species Solutionis, Retentio aber ist keine Solutio, da Solutio eine Liberatio ab Obligatione ist, Retentio aber ab Obligatione nicht befreyet, vielmehr eine noch fortdauernde Verbindlichkeit voraussetzt, und in einem Rechte besteht, des Schuldners Sachen so lange inne zu haben, bis er seiner Obligation, die noch auf ihm haftet, ein Genügen gethan hat. Sie wirket demnach weiter nichts, als ein Pfandrecht, und ist eingeführet, um die Weitläuftigkeiten zu verhüten, worein einer sonst gestürzt würde, wenn er seine Schulden eintreiben will. Denn man kann viel kürzer dazu kommen, und der Debitor giebt sich viel geschwinder, wenn man die Sachen, die er von ihm in Händen hat, nicht herausgiebt, bis er seiner Obligation ein Genügen gethan hat. Man sieht also gleich, daß zum Jure Retentionis erfordert werde, man besitze die Sache auf eine rechtmäßige, untadelhafte Art. Also kann ein Dieb oder ungerechter Besitzer sich dieses Rechts nicht bedienen, weil sein Besitz keine solche Wirkung hat. Ferner fragt sich, ob zu dem Rückbehaltungsrechte schlechterdings erfordert werde, daß ihm der Schuldner in Ansehung der zurückzubehaltenden Sachen verhaftet sey? Antw. Den Rechten nach Ja, per Legem un. C. etiam ob chirographariam pecuniam retineri pignus posse. Denn allda ist angeführet, daß man die Sache des Schuldners wegen jeder Schuld zurückbehalten kann. Welche Ausnahme aber die Regel bestättiget, daß nicht genug seye, er habe possessionem rei legitimo titulo, sondern daß man auch sehen müsse, woher die Schuld entstanden ist, ob sie eine Verbindung mit der Sache habe. Menckens Disp. de Retentione pignoris ob aliud Debitum. Denn wenn ich dem Sempro-

nius 50 Rthlr. schuldig bin, und er hat etwa Bücher von mir ex commodato, und ich will ihn nicht bezahlen, so kann er mir die Bücher nicht so lange zurückhalten, bis ich ihm die 50 Rthlr. erlegt habe, weil die Schuld mit den Büchern keine Verbindung hat. So ist die gemeine Meynung der Rechtsgelehrten. Wogegen Ludovici eine besondere Disputation geschrieben de Jure Retentionis ex diversa etiam causa competente. Lauterbachs Diss. de Retentione. Man setze: ein gewisser Mann habe eine Reitpferd, so er hoch hält, da er verreiset, giebt er es seinem Nachbar zur Verwahrung. Er bleibt so lange aus, daß das Futter, welches er dazu gegeben, aufgeht, da giebt denn dieser Mann interim von seinem Futter. So bald er wieder kommt, begehrt er sein Pferd wieder, der Andre aber, der es gefüttert, sagt: bezahlt mir erst das Futter, sodann sollt ihr das Pferd ohne die geringste Weigerung haben, da exercirt er das Jus Retentionis mit dem besten Rechte, da die Schuld mit der Sache allerdings zusammenhängt. Dieses Recht gründet sich in der Billigkeit, da er sich nicht gewaltthätigerweise selbst Recht spricht, sondern als wahrer Besitzer sich mit Recht vertheidigt. Hienge hingegen die Forderung mit der Sache nicht zusammen, so würde er allerdings durch Zurückbehaltung der Sache sich selbst Recht sprechen. Es wäre eine unerlaubte Selbsthülfe.

§. 22.

Ein fernerer Modus, wodurch die Verbindlichkeit von selbst, ipso Jure, aufhört, ist noch *Confusio*, welche derjenige Actus ist, wodurch das Creditum und Debitum in Einer Person zusammenkommen, oder Creditor und Debitor Eine Person werden. Das kann nun auf verschiedene Weise geschehen, indem entweder der Debitor den Creditorem erbt, oder der Creditor den Debitorem, oder ein tertius alle beyde, und weil es dann heißt, daß niemand sich selbst schuldig seyn kann, so ist es klar, daß Confusio das Debitum aufheben müsse. Aber eben deswegen, wenn das Vermögen des Erben und seines Erblassers von einander abgesondert werden, fällt diese Confusio weg. Nun geschiehet eine solche Separatio patrimonii haeredis et defuncti durch Errichtung einer Inventur, denn das Inventarium macht, daß man beständig von einander unterscheiden kann, was des Erben und was des Verstorbenen Güter sind, welches ohne die grösten Weitläuftigkeiten nicht angehet, wenn sine beneficio Inventarii die Erbschaft angetreten worden ist. Das hat den Erfolg, daß der Erbe, wenn er auch die Erbschaft angetreten hat, dennoch, wenn etwa eine Ganth über den Erblasser entsteht, seine eigene Schulden noch fordern kann, ob es gleich heißt, daß wenn der Debitor und Creditor Eine Person geworden, eine Confusio geschehe, und dadurch die Obligation aufgehoben werde.

§. 23.

§. 23.

Endlich wird auch noch durch Untergang einer bestimmten Sache (speciei) Obligatio ipso Jure in Debitore aufgehoben, denn wenn einer ein Debitor certae speciei ist, so ist er weiter nichts gehalten zu prästiren, als istam certam speciem, seu istam rem in individuo, quae in Obligatione continetur, z. B. die Ellen Tuch, welche der Käufer gekauft hat. Wenn also diese ohne des Verkäufers Versehen verlohren gehen, so ist es ein Zufall, dieser aber trift den Eigenthümer, und nicht den Debitorem denn hätte sich der nicht zugetragen, so wäre er bereit gewesen, diese Sache ab ugeben. So aber hat sich nun ein Casus fortuitus zugetragen, daß die Sache zu Grunde gegangen, z. B. in einer Feuersbrunst, die man niemand Schuld geben kann, indem man den Thäter nicht weiß. Da muß auch die Obligatio hinwegfallen denn es ist ja nichts mehr vorhanden, wodurch sie könnte erfüllt werden, da sie auf weiter nichts, als auf Rem istam praecise praestandam geht, auch keine Culpa noch Mora begangen worden ist, woher der Schaden zu leiten wäre. Anders verhält es sich, wenn einer verbunden ist, ein Genus zu prästiren, denn das kann nicht zu Grunde gehen. So auch, wenn einer ein Debitor quantitatis ist, z. B. rerum fungibilium, z. B. wenn einer dem Andern 10 Scheffel Korn zu geben schuldig gewesen, und er hat schon 10 Scheffel Korn dazu bestimmt gehabt, diese Schuld abzutragen, sie werden ihm aber in der Nacht gestohlen, so bleibt deswegen doch noch die Verbindlichkeit. Denn er ist ein Debitor certae quantitatis, 10 Scheffel Korn zwar zu geben, nicht aber gerade diejenigen, welche ihm sind gestohlen worden, also muß er 10 andere schaffen. So auch, wenn der Erbe als ein Debitor generis obligirt gewesen seyn sollte, an den Sempronius ein Pferd zu geben, und das im Stalle stürbe, so bleibt doch noch die vorige Verbindlichkeit. Denn sie geht nicht auf das gestorbene Pferd allein, sondern auf ein Pferd überhaupt.

§. 24.

Man hat aber auch Modos, in welchen Obligatio per Exceptionem aufgehoben wird. Dieser Modorum nun giebt es unendlich viele, und sie sind alle ex Jure Praetorio entstanden, welches dadurch das Jus strictum nach der Billigkeit hat mäßigen wollen. Wenn ein Pactum de non petendo errichtet worden, ist die Obligatio deswegen nach dem strengen Rechte doch noch bestanden, denn das war ein Pactum nudum. So wenig aber ein Pactum nudum eine Obligationem civilem bewirken kann, so wenig kann es auch eine Obligationem civilem aufheben, und daher ist geschehen, wie oben bereits angewiesen,

wiesen, daß die Obligatio noch bestanden. Hingegen weil das Pactum doch eine Exception bewirket, so ist ex hoc Pacto eine Exceptio pacti de non petendo entstanden, wodurch man den Creditorem abweisen können, wenn er contra pactum de non petendo auf die vorige Obligation geklagt hat, welches pactum de non petendo vel *expressum* vel *tacitum* ist. *Expressum* nämlich, wenn man die Schuld mit ausdrücklichen Worten dem Debitori nachgelassen hat. *Tacitum* aber wird aus Umständen geschlossen, wenn der Debitor die Schuldverschreibung in Händen haben sollte, nachdem das Chirographum zerrissen worden ist, das sind lauter solche Facta, woraus die Nachlassung der Schuld gefolgert werden kann. Und solchergestalt sieht man, daß die Exceptio pacti de non petendo so beschaffen ist, daß dadurch Obligationes aufgehoben werden können, die sonst Jure civili stricto bestehen. Woraus überhaupt zu erkennen ist, daß es noch unendlich viele andere Modos geben müsse. Eben so verhält es sich in den übrigen Fällen, die Struv angeführet hat, die man aber nicht zu erklären braucht, da es nur besondere Arten der Exceptionum, durch welche Verbindlichkeiten aufgehoben werden, sind. Hieher gehört auch Exceptio Juris jurandi. Denn wenn man gleich schwört, daß man dem Andern nichts schuldig seye, so hat doch solches Jure Romano die Verbindlichkeit, womit man dem Andern verhaftet gewesen ist, nicht aufgehoben. Mithin wenn ich z. B. an den Mevius eine Forderung mache, Mevius sagt: er wäre mir nichts schuldig, ich ihm darüber den Eid zuschiebe, er schwört, daß er mir nichts schuldig sey, so kann ich ihn doch nach dem Jure stricto immerfort belangen, denn sein Eid hat nach dem Jure Romano nicht mehr Kraft, als ein Pactum nudum. Ein Pactum nudum aber hat die Obligationes civiles so wenig aufheben, als bewirken können. Unterdessen da doch ein Pactum eine Exception producirt, so war derjenige, der gegen seinen Eid von dem vorigen Creditore belangt worden ist, per Exceptionem Juris jurandi sicher. Wenn er nämlich belangt wurde, so opponirte er Exceptionem Juris jurandi, und dadurch war die Actio elidirt, folglich war es eben so viel, als wenn die Obligation aufgehoben wäre. Diese heissen denn Exceptiones Juris. Denn es werden die Exceptiones in Exceptiones Juris et Facti eingetheilt, und werden Exceptiones *Juris* diejenigen genennet, welche man nach der Billigkeit den Klägern, deren Klage sich im strengen Rechte begründet, entgegen hält. Hingegen Exceptiones *Facti* werden diejenigen genennet, welche man denjenigen, deren Klage sich in keinem Rechte, nicht einmal im strengen begründet, entgegenhält. Welchemnach Fundamentum Distinctionum inter Exceptiones Juris et Facti von dem Unterschiede inter Jus civile et praetorium herrührt. Exceptio *facti* begründet sich in einer Handlung, welche die Verbindlichkeit aufhebt, z. B. Exceptio solutionis, praescriptionis, transactionis.

§. 25.

§. 25.

Endlich kommen wir noch auf die Ganth. Man sagt, es entstehe ein Concurs, wenn etliche Creditores zusammenkommen, und Forderung an einen Debitorem machen, dieser aber sie alle nicht völlig bezahlen kann. Der Concurs ist also freylich etwas gehässiges, denn es können nicht alle ganz bezahlt werden, ja manche fallen gar aus, und bekommen gar nichts. Daher muß unter diesen mehrern Gläubigern Einer dem Andern vorgezogen werden. Solches erfordert, daß das Vermögen, oder die Creditores selbst getheilet werden, gleichwie auch das Vermögen sich theilen läßt. Denn Creditores creditiren den Debitoribus, z. B. wenn sie Kaufleute sind, in Ansehung ihrer Läden oder verschiedenen Handlungen. Darauf hat ein jeder sein Absehen, sich allenfalls an die darinn befindlichen Waaren zu halten. Darnach muß also ein Unterschied inter Creditores gemacht werden. Wo demnach in Einer Handlung noch mehr vorhanden ist, als in der andern, da kann es noch eher geschehen, daß die Creditores, die auf jene creditirt haben, zu ihrer Bezahlung kommen, als diejenigen, welche auf diese creditirt, oder im Contrahiren ihr Absehen darauf gerichtet haben. Dann hat man zugleich auch die Creditores des Verstorbenen und die Creditores des Erben, welche sehr verschieden sind, abzusondern. Unter allen diesen Creditoribus aber hat man 5 Klassen, worein man sie vertheilt, zu machen. In die erste Klasse kommen die absolute Privilegiati, in die zweyte die Hypothecarii privilegiati, in die dritte die Hypothecarii simplices, in die vierte die personaliter Privilegiati, und in die fünfte die Chirographarii. *Absolute* privilegirt nun, oder daß nämlich Eine Schuld allen vorgehen solle, ist diejenige, womit man den Gerichten verhaftet ist. Es gehören dahin auch die Leichkosten, der Liedlohn, denn das sind die allernöthigsten Ausgaben, indem das, was man zum Begräbnis anwenden müssen, nicht hat unterbleiben können. Daher hat man eine solche Schuld absolute privilegirt, daß sie allen andern vorgehen soll. Unter diese Ausgaben gehören die Trauerkleider, so man den Hausbedienten hat machen lassen, was dem Geistlichen gegeben wird, u. s. w. das Trauermahl, Trauerwagen ꝛc. Man muß aber vielmehr in Defectu als Excessu peccíren. Wenn man zu viel aufgewendet, so kann es der Richter mäßigen, daß man nicht alles wieder kriegt, was man vorgeschossen hat. Der in Lohn und Brod gewesen, heißt Brödling, z. B. Informator, Schreiber, Kammerdiener, Lakay, Magd u. s. w. Ein Drescher gehört nicht hieher, und eben so wenig ein Sprach- Tanz- Fecht- Rechen- Schreibmeister, als die nicht im Hause sind. Wenn nun ein solcher Brödling den Lohn als ein zinsbares Kapital bey seinem Herrn stehen läßt,

kömmt er in die 5te Klasse. Ferner ist noch zu bemerken, daß nach gemeinen Rechten die Leichkosten, die wegen der Frau gemacht worden sind, auch mit gerechnet werden, nicht aber in Sachsen. Und so ists auch bey andern, wo des Staats Nutzen in Betrachtung kömmt. Dann hat man auch darauf zu sehen, daß unter den Creditoribus einer vorsichtiger, als der andere, gewesen. Wer sich z. B. eine Hypotheke hat constituiren lassen, der war viel vorsichtiger, als andere. Deswegen ist billig, daß er bey dem Concurs vor andern einen Vorzug habe. Und daher kommen auf die absolute Privilegiatos die Hypothecarii, die sich in Ansehung ihrer Forderungen von dem Debitore eine Hypotheke constituiren lassen. Wobey jedoch ein Unterschied zu machen ist, indem manchmal hiebey das gemeine Wohl in Betrachtung kömmt, z. B. wie bey der Hypotheca tacita competente Vxori ratione Dotis. Eine Judenfrau hat eben dieses Beneficium Im Brandenburgischen ist es ausgemacht, daß sie eben solche Privilegia haben sollen. An andern Orten, z. B. Hannover, läßt es sich noch bezweifeln. Deswegen giebt es Hypothecarios privilegiatos, weil nämlich manchmal favor publicus selbst erfordert, daß auch inter Hypothecarios einer einen Vorzug habe. Die simplices Hypothecarii werden nach dem Alter ihrer Hypotheken bezahlt, folgen aber freylich sogleich auf die privilegiatos Hypothecarios, denn sie haben sich doch noch mehr vorgesehen, mithin ein stärkeres Recht, als andere, überdieses ein Jus in Re, da andere nur ein Jus ad Rem haben. Sodann kommen die personaliter Privilegiati, z. B. die Deponentes, welche bey dem verschuldeten Ganthirer Güter deponirt haben, die er aber verthan oder veräussert hat, und um derentwillen sie sich mit in den Concurs begeben müssen. Sie sind doch noch den simpeln Chirographariis, die eine bloße Handschrift haben, sogenannten Currentisten, vorzuziehen, propter qualitatem Debitorum, z. B. Kirchengelder, it. Deponentes, denn ein Deponent muß sich auf die Treue seines Depositarii verlassen. In Ansehung dessen verdient er mehr Gunst, und ist es billig, wenn das Depositum verzehrt ist, daß er eher zu dem Seinigen komme, als ein anderer, der sich besser hätte vorsehen können. Ein Chirographarius hätte sich ja können eine Hypotheke constituiren lassen. Wenn man hingegen bey einem etwas deponirt, so wird derselbe einem nichts dafür verpfänden oder versetzen, denn er thut es unentgeltlich. Endlich kommen dann die Chirographarii, sie mögen ein Chirographum oder Wechsel haben, oder nicht, sondern nur durch Zeugen liquidiren können. Woraus leicht ersichtlich ist, daß es seyn kann, daß die Chirographarii gar nichts bekommen, wenn die andern alles das Ihrige wegnehmen, und das Vermögen übrigens nicht mehr zureicht. Sonst wenn noch etwas da ist, wird unter sie das Uebrige pro rata getheilt. Mit mehrerm

rerm handelt von diesem Conkurs und dem Processe dabey Ludovici in seiner Einleitung zum Conkursprocesse. Claproths Einleitung in die summarischen Processe handelt auch von dem Conkursproceß, und ist überhaupt eines der deutlichsten und nützlichsten Bücher. Man hat dabey auf die Conkursordnungen zu sehen, deren es eine Sächsische und Brandenburgische giebt. Eine der neuesten ist die kayserliche Proceßordnung. Kurz, aber deutlich. Man kann auch hiebey nützlich gebrauchen Schlitte Diss. de eo, qui posterior tempore, potior Jure.

Drittes Buch.

Tit. XXII.

De in integrum Restitutione.

§. 1.

Eine für sich sonst gültige Verbindlichkeit wird auch bisweilen durch die Restitutionem in integrum aufgehoben. Man sagt aber überhaupt, daß einer *in integrum* restituirt werde, wenn er in den vorigen Stand (in Statum pristinum) wieder versetzt wird, worinn er war, ehe sich eine Veränderung mit ihm zugetragen hat. Wenn einer z. B. verwiesen war, und er erlangt nun wieder Libertatem, Civitatem, und alle Officia publica, wie vorher, so sagt man, er sey in Integrum restituirt. Eben daher gab es schon eine Restitutionem in Integrum nach dem Jure civili, welche auch daher Civilis heißt. Z. B. wenn einer eine Strafe ausgestanden hatte, und er wurde nachher in Integrum restituirt, so war es, als wenn er in die Strafe nicht verurtheilt worden wäre, oder als wenn er die Strafe nicht ausgestanden hätte. Allein es giebt auch eine Restitutionem in Integrum Praetoriam, welche nämlich vom Praetore eingeführet worden ist, um diejenige Verbindlichkeit wieder aufzuheben, wodurch sich einer beschädiget hat. Es hat z. B. ein Minor einen Pachtcontrakt eingegangen, und hat sich darinn dergestalt lädirt, daß er, wenn er auf andere Weise seine Güter verpachtet hätte, jährlich wohl 100 Rthlr. mehr bekommen können, so ist er durch den Contrakt vervortheilt. Wie kann er nun von dieser Beschädigung frey werden? Antw. Wenn der Contrakt für nichtig erklärt wird. Deswegen bittet er nun, den Contrakt aufzuheben, daß es dann eben so viel ist,

als

als wenn er ihn nicht eingegangen hätte, da wird er ja in Integrum restituirt. Er kommt wieder in eben den Stand, in welchem er gewesen wäre, wenn er den Contrakt nicht eingegangen hätte. Solchergestalt wird per Restitutionem in Integrum etwas Geschehenes gleichsam ungeschehen. Das kann freylich nicht anders, als per fictionem geschehen. Man fingirt, der Contrakt sey nicht geschlossen, da er doch wirklich geschlossen worden ist. Diese Restitutio in Integrum ist vielmals weit vortheilhafter, als die Remedia Juris civilis. Wenn z. B. ein Minor in Contractu Emtionis Venditionis lädirt worden, so hat er die querelam ex Lege 2da Codicis de rescindenda Venditione. Allein diese erfordert, daß er ultra dimidium lädirt sey. Belauft sich seine Laesio nicht ultra dimidium, so kann er derselben doch noch entgehen vermittelst der Restitution in Integrum ex Capite Minorennitatis. Da begehrt er als Minor restituirt zu werden, weil er sich als Minor lädirt hat. Das ist vortheilhafter, als wenn er blos nur das Remedium Legis 2dae Codicis de rescindenda Venditione hätte. Soll nun durch diese Restitutionem in Integrum das Factum, woher die Beschädigung entsteht, für ungeschehen erklärt werden, so folgt auch, was Struv sagt, daß diese Restitutio in Integrum auch ihre Wirkung in Ansehung der Ersetzung der Früchte und aller Nutzungen habe, nicht also nur, daß sie das, was durch Beschädigung weggekommen ist, wieder in den vorigen Stand zurückbringe, sondern auch omnem utilitatem zugleich in sich enthalte. Denn es muß eben so seyn, als wäre das Factum gar nicht vorgegangen. Hat z. B. in dato Casu Minoris der Conductor oder Colonus wirklich die Güter inne gehabt, und der Minor bemerkt, daß er lädirt sey, es sind auch schon einige andere Emolumenta an ihn gekommen, und wird nun ex Capite Minorennitatis der Minor in Integrum restituirt, so gehet diese Restitutio zugleich auch mit auf die Fructus, die muß der Conductor una cum re conducta zugleich restituiren.

§. 2.

Solchemnach wird zur Restit. I. I: allemal eine Beschädigung von einiger Beträchtlichkeit und dann natürliche Billigkeit erfordert. Man kann demnach überhaupt sagen, daß die Causa Restitutionis in Integrum eine Beschädigung sey, welche jemand gegen die natürliche Billigkeit erdulden würde. Wenn einer auf unbillige Weise würde lädirt werden, so wird er in Integrum restituirt. Eben deswegen muß einer erst, wenn er Restitutionem in Integrum verlangt, die Beschädigung beweisen, da sie nicht vermuthet werden kann. Darauf aber, wenn er Laesionem erwiesen hat, erfordert die Billigkeit, daß er in statum pristinum restituirt und der Contrakt rescindirt wird. Eben

um

um deswillen aber, weil es auf eine solche gehässige Aufhebung des Contrakts, der nach dem strengen Rechte gültig wäre, ankömmt, so achtet man bey der Restitutione in integrum eine geringe Beschädigung nicht, sondern es wird eine große, wodurch einer um einen großen Theil seines Vermögens kommen könnte, vorausgesetzt, dergleichen Laesiones iniquas man sich in verschiedenen, z. B. in allen den Fällen, die Struv angiebt, nämlich durch Furcht, List, minderjähriges Alter, Veränderung des Standes, Abwesenheit, oder sonstige Verhinderung zuziehen kann. Es fließen nun auch hieraus Causae speciales Restitutionis in integrum und definitae. Man kann aber noch viel mehrere Causas sich vorstellen. Es giebt auch Causas indefinitas. So oft es der Praetor für unbillig hielt, daß einer beschädigt werden sollte, da ihm doch die Laesio nicht im geringsten beyzumessen war, so oft erkannte er Restitutionem in integrum. Das heißt Restitutio in integrum ex Clausula generali, si qua mihi justa Causa, nempe visa fuerit ad Restitutionem in integrum, i. e. so oft soll auch der Laesus in integrum restituirt werden, welches eine Causa generalis ist. Restitutio muß nun vom Richter erbeten werden, entweder vom Richter, unter dem die Sache liegt, oder die Person dessen, gegen den man um die Restitution bittet, also wird sie im Gerichte des Wohnsitzes, nicht aber im Gerichte, in dessen Bezirke der Contrakt geschlossen worden ist, angestellt, denn im letztern kann man nur auf Erfüllung, nicht aber auf Aufhebung des Contrakts klagen. Wenn hingegen über eine dingliche Klage und derselben Verlust Restitutio gesucht worden ist, so ist genug, wenn der Richter nur competens in Ansehung der Sache ist.

§. 3.

Nachdem denn Causae Restitutionis I. I. definitae oder indefinitae sind, nachdem haben wir auch Restitutionem ex causa speciali, oder aber clausula generali. Denn der Praetor sagt in L. 1 §. 1 in fin. Ex quib. caus. major. si qua alia mihi justa Causa esse videbitur, in integrum restituam. Denn des Prätors Edikt sah überall auf Billigkeit. Kann man sich aber auf eine andere Weise seines Schadens erholen, muß Restitutio I. I. zurückbleiben, denn diese Restitutio praetoria ist nur in subsidium eingeführt, wenn nämlich das bürgerliche Recht nicht zu Hülfe kömmt, und ist es für eine Regel anzusehen: so lange es gewöhnliche Rechtsmittel giebt, so lange fallen alle ausserordentliche hinweg.

§. 4.

Die erste Causa ist *Metus*, und zwar justus. Die Restitutio, näm-

Geht das an? Antw. Nein, was geht das den Dritten an? Genug, daßdieser ihm geholfen hat. Heut zu Tage ist ein durch Gewalt und Furcht erpreßtes Versprechen ipso Jure ungültig, weil der Angreifer weder ein Jus cogendi, noch ein Jus acceptandi hat. Da also das Eigenthum nicht übertragen ist, so folgt, daß mit dieser dinglichen Klage jeder Besitzer einer solchen Sache belangt werden kann. So wie die Teutschen die Distinktion unter Klagen stricti Juris et bonae fidei nicht angenommen haben, so ist auch die ganze Lehre de metu von ihnen niemals angenommen worden.

§. 7.

Wann fällt diese Klage und Einrede weg? Antw. In dem Falle, da einer, der seinen freyen Willen wieder erlangt hat, doch geleistet hat, was er aus Furcht versprochen hat. Denn was einer aus Furcht versprochen, das braucht er nicht zu halten, und es ist ihm zu Gunsten eingeführet, daß er nicht um einer unrechtmäßigen Furcht halber um das Seinige gebracht werden kann, ohne daß der Andere ihm Gewalt anzuthun befugt gewesen ist. Denn wenn vis justa ist, so ist auch metus justus. Wenn einen die Obrigkeit mit Gewalt wozu anhält, so ist auch dabey eine Furcht, allein metus ist justus, weil es eine erlaubte Gewalt ist. Einer ist z. B. schuldig, und wird vor Gericht geladen. Er erscheint nicht, der Rath läßt ihn suchen. Sobald die Gerichtsbothen ins Haus kommen, finden sie Kisten und Kasten verschlossen. Als er nun sieht, es werde auf eine Execution hinauslaufen, will er nichts aufmachen. Diese sagen, sie wollen einen Schloffer holen und alles aufmachen lassen. Auf dieses hin schließt er auf. Kann da wohl dieser morosus Debitor Restitutionem I. I propter illatum metum begehren? Antw, Nein, weil hier obrigkeitliche Gewalt gebraucht worden ist. Wenn hingegen vis injusta ist, so ist auch metus injustus. Wenn also einer demungeachtet frey prästirt, was er aus Furcht versprochen hat, so hat er, wenn es nach einiger Zwischenzeit, folglich mit Bedacht geschehen, seiner Rechtswohlthat entsagt, mithin kann er die Klage, quod metus causa, nicht anstellen. Daher muß man sich freylich in Acht nehmen, wenn man durch Furcht gezwungen etwas gethan oder etwas versprochen hat, daß man, wenn es geschehen ist, nicht wieder etwas vornimmt, wodurch man es gutheisset. Es helfen einem zwar die Gesetze gegen solche Gewaltthätigkeiten, allein sie zwingen einen nicht, sich dagegen zu schützen. Wenn daher sich einer so aufführt, als wenn er es freywillig versprochen hätte, da er doch nicht gehalten gewesen wäre, es zu erfüllen, er es aber doch thut, so heißt es: Ad renunciata non amplius datur regressus. Johann Friedrich Rhetius de Metu. Insonderheit ist hier nützlich zu gebrauchen Gundlings Dissert. de Efficientia metus,

in

ingleichem Böhmer de Exceptione metus injusti in Statu Naturali et Civili.

§. 8.

Die zweyte Causa Restitutionis in integrum ist Dolus. Dieses ist wieder nöthig gewesen propter negotia stricti Juris, als in welchen auch nicht einmal auf den Dolum, der verübt worden, gesehen werden konnte, weil nichts davon verabredet worden ist, wie es gehalten werden sollte, wenn einer den Andern sollte hintergangen haben Ja sogar gieng es bey den Römern nach dem Jure civili so weit, daß nicht einmal die negotia bonae fidei wegen des Doli für nichtig gehalten wurden, ausser in dem Falle, wenn man durch Betrug zum Vertrage bewogen worden ist. Wenn hingegen der Betrug nicht der Hauptbeweggrund gewesen ist, so galt der Vertrag. Bey Contractibus stricti Juris minderte der Betrug niemals desselben Gültigkeit. Titius z. B. als Bräutigam geht auf der Gasse. Ein Juwelier ruft ihn in seinen Laden, überredet ihn, er solle ihm etwas von Juwelen abkaufen. Er läßt sich endlich überreden, ihm ein paar Ohrenbuckeln abzukaufen, in diesem Kaufe betrügt er ihn, das ist Dolus dans causam Contractui. Wenn hingegen der Bräutigam in eines Goldschmids Laden kömmt, und etwas für seine Braut kaufen will, es auch thut, der Kaufmann aber ihn im Kaufe betrügt, das ist Dolus in Contractum incidens. Ueberhaupt also, wenn einer in der Absicht ausgeht, etwas zu kaufen und betrogen wird, ist es Dolus incidens in Contractum. Johann Adam Kurrers Dissert. de Dolo causam dante. Der Prätor aber hielt dieses für unbillig, und gab Actionem de Dolo und Exceptionem Doli solchen, welche in einem Negotio hintergangen oder ad negotium stricti Juris contrahendum dolose verführt worden waren. Doch machte er inter Dolum bonum et malum einen Unterschied. Denen, welche Dolo malo betrogen worden, stund er bey. Es heißt aber Dolus überhaupt, wenn man etwas Falsches mit Wissen und Willen vornimmt, um den Andern wozu zu verleiten. Daher wird eben der Dolus der Aufrichtigkeit entgegengesetzt. Er heißt also hier so viel, als eine Verstellung, welche, um den Andern zu einer gewissen Entschließung zu bewegen, geschieht. Nun geschieht diese Verstellung einem Andern entweder zum Besten oder zum Schaden. Gereicht sie einem Andern zum Besten, so heißt sie Dolus bonus. Z. B. Titius kommt zu mir, und verlangt, ich solle ihm meinen Degen leihen, weil er dem Mevius gerne eins anhängen möchte, und ich sage, ich habe den Degen nicht bey der Hand, sondern habe ihn dem Lucius gelehnt, so ist dieses ein Dolus bonus. Ich verstelle mich, thue aber niemand Schaden dabey, sondern stifte vielmehr etwas Gutes,

indem

langt worden ist. Die Actio ist zwar in Jure civili fundirt gewesen, denn nach dem Jure civili bestund das Negotium etiam metu gestum, und wurde die Gefahr nicht attendirt. Hingegen nach dem Jure Praetorio konnte man sich per Exceptionem Metus gegen diese Actionem summo Jure fundatam schützen, damit sie doch gegen einen keine Wirkung haben konnte. Hatte man aber etwas aus Furcht schon weggegeben, (z. B. einem, der einen auf der Straße angefallen, und mit dem Tode gedrohet hat, wenn man ihm nicht geben würde, was man bey sich habe,) so kann man gegen ihn *Actione, quod metus causa* klagen, wenn man es civiliter, oder blos, was das Interesse pecuniarium anbetrift, betrachtet, und zwar auf gänzliche Aufhebung des Geschäfts. Wird das Negotium aufgehoben, so ist es so viel, als wenn es niemals vorgegangen wäre, und so muß alles wieder ersetzt werden, was ex metu weggegeben worden ist. Diese Klage ist eine Actio Praetoria, und wirkt Restitutionem in integrum, wenn Einjagung der Furcht erwiesen werden kann. Diese Restitutio in integrum aber kann nur innerhalb 4 Jahren gebethen werden, daher kann auch hier Restitutio nicht länger, als 4 Jahre lang, gebethen werden. Struv sagt, die Actio selber dauere ein Jahr lang, und könne intra annum in quadruplum damni accepti nur statt finden, post annum aber nur in simplum. Das ist blos Juris Romani, und kommt von dem Hasse her, daß diese Klage zu Aufhebung eines nach dem strengen Rechte gültigen Geschäfts hat angestellt werden können. Diese Klage hat man daher nur ein Jahr lang dauern lassen. Ad Contumaciam coercendam hingegen war nicht genug, daß der injiciens metum nur das simplum dessen prästirt, was er einem abgenommen hatte, sondern er mußte es vierfach ersetzen. War er aber bereit, dasjenige gleich wieder zu ersetzen, was er dem Andern durch Furcht ausgepreßt hatte, so war das Simplum hinreichend dazu. Heut zu Tage aber, sagt Struv selbst, gehet diese Actio nur in simplum. Ist aber eine Gewalt dabey ausgeübet worden, so findet noch eine Strafe statt, und da kann sich das Factum in ein Verbrechen verwandeln, so daß man criminaliter agiren, oder ob Crimen accusirt werden kann. Heut zu Tage klagt man auf die Entschädigung und eine willkührliche Strafe. Wenn man jedoch den Andern Actione quod metus causa soll belangen können, so muß man allezeit zu beweisen im Stande seyn, daß die Furcht von einer Gewalt, und zwar der vi compulsiva herrühre. Vis wird von den Jureconsultis auf gar vielerley Weise eingetheilet, nämlich in Vim *compulsivam* und *ablativam*. Auch giebt es Vim *expulsivam*, wodurch man einen von einer Sache vertreibt, daß er sie im Stiche läßt, um derentwillen das Interdictum unde Vi zusteht. Es giebt ferner eine Vim *turbativam*, wodurch man einen in dem ruhigen Besitze

sitze seiner Sache turbirt, wegen der das Interdictum uti possidetis zusteht. Wie es denn auch eine Vim *repulsivam* giebt, die in der Abtreibung der Gewalt besteht und auch allerdings erlaubt ist. Welchemnach Vis compulsiva übrig bleibt, da man einen zwingt, indem man ihm viele Gefahr vorstellt oder ihn bedrohet, wenn er etwas nicht geben oder versprechen will. Um welcher Vis compulsivae und der damit verknüpften Furcht halber Actio, und zwar Actio quod metus causa, statt hat. Endlich, so wie in allen Delictis Obligatio correalis ist, so ist es auch hier, nämlich wenn mehrere zugleich Gewalt gedrohet haben, hat diese Klage gegen solche in solidum statt. Einer bezahlt, die Andern gehen gleich durch.

§. 6.

Struv sagt, daß bey dieser Klage dieses etwas besonders sey, daß die Actio *in rem scripta*, auch gegen jeden Besitzer einer solchen durch Furcht abgenommenen Sache, also nicht allein gegen den, der sie mit Furcht abgenommen hat, statt finde. Sonst ist Actio, quod metus causa, eine Actio personalis, indem sie ex injectione metus, und also aus einem facto obligatorio illicito entsteht, daher sie auch nur in soferne contra inferentem statt finden sollte. So aber hat sie eine qualitatem Actionis realis erhalten, indem sie nämlich selbst gegen jeden Besitzer der abgenommenen Sache erstreckt worden ist. Daher kommt, daß sie Actio in rem scripta heißt. Denn Actio in rem scripta ist eine Actio personalis, welche aber von einer Actione reali die Eigenschaft hat, daß sie gegen jeden Besitzer zusteht. Daß aber diese Actio, quod metus causa, contra quemvis Possessorem verwilliget worden ist, kommt von einer Interpretatione Edicti Praetorii her. Denn es haben die Interpretes die Worte: quod metu gestum fuerit, so ausgeleget, daß man bey der Actione, quod metus causa, nicht sowohl auf die Person, sondern auf das Factum sehe, und also die Actio nicht nur contra inferentem, sondern auf einen jeden gehen müsse, auf welchen nur eine solche Sache, propterea, quod metu aliquid gestum fuerit, gekommen ist. Es soll gleichsam dadurch der Sache ein Fehler ankleben, um dessentwillen sie also beständig von ihrem Domino, der gezwungen worden, sie von sich zu geben, wieder begehret werden kann. Und zwar wird die Restitutio gegen den begehret, qui vim intulit. Einer wird nahe bey einem Walde von Mördern angefallen. Er wehrt sich lange gegen sie. Endlich aber, da er meynt, sie werden ihn übermannen, schreyt er erbärmlich um Hülfe Ein Mann gehet gleich allda vorbey, den bittet er, ihm zu helfen, er wolle ihm 50 Dukaten geben. Dieser thut es. Wie sie nun ausser Gefahr sind, so will dieser die 50 Dukaten haben, jener aber will sie nicht geben, sondern sagt, er habe es metus causa versprochen.

lich ex Capite Metus, geschieht alsdann, wenn man durch abgezwungene Einwilligung sich zu etwas verbindlich gemacht hat, und heißt dann Metus so viel, als ein Verdruß, den man wegen bevorstehendem Uebel empfindet. Wenn man also etwas aus einem solchen Verdruß, so man wegen eines bevorstehenden Uebels empfindet, weggegeben, so sagt man, man habe es metu gegeben. Nach dem Jure civili (subtili) hat diese Furcht nichts geschadet, sondern das Geschäfte bestund demungeachtet. Man meynte, ein Weiser könnte nicht furchtsam gemacht werden, wie solches eine Opinio Stoicorum gewesen, und aus Lipsii Manuductione ad Philosophiam Stoicam ersehen werden kann, allwo dieser Ausdruck: si uratur Sapiens, si crucietur, in Phalaridis Tauro si erit, dicet: quam suave est hoc, quam hoc non curo! womit auf eine Geschichte gedeutet wird. Es war ein Tyrann mit Namen Phalaris, welcher allerhand Mittel erdichtete, die Leute mit Grausamkeit umzubringen. Bey demselben befande sich Berillus, ein Künstler, der ihm eine Maschine in Gestalt eines Ochsen machte, in dessen Seite eine Thüre war, durch welche man die Menschen hineinwarf. Wenn denn die Maschine von aussen heiß gemacht war, und die Menschen darinnen zu schreyen anfiengen, so klang es wie das Brüllen eines Ochsen. Allein dieser Künstler mußte anstatt des Trinkgeldes die Probe zuerst machen, und seinen Geist darinn aufgeben. Man hielt also diejenigen für närrisch, die sich eine Furcht einjagen ließen. Daher konnte sich keiner mit einer Furcht entschuldigen, und wenn er auch gleich etwas aus Furcht gethan hatte, so bestund doch sein Geschäfte, nach dem Grundsatze: Gezwungner Wille bleibt doch Wille. Das hielt aber der Prätor für unbillig, daß man einen durch Furcht sollte verbindlich machen können, da beym Zwange die Freyheit des Willens wegfalle, und gab also solchen Beschädigten in dem Fall Restitutionem in integrum. Gleichwie man aber überhaupt keine Laesionem modicam bey der Restitutione in integrum in Betracht zieht, also hat auch der Prätor auf keine geringe Furcht Rücksicht genommen, wenn man nämlich sich als einen furchtsamen Hasen bezeigt hat, sondern es wird eine solche Furcht erfordert, die auch einen beständigen Mann ankommen kann. Das heißt Metus justus, welches aber wieder nach der besondern Beschaffenheit der Menschen zu beurtheilen ist, denn Constantia ist nicht bey allen Menschen gleich, und ist nach Geschlecht, Alter und Leibesbeschaffenheit verschieden. Alle diese Umstände muß man dabey bedenken, wenn man beurtheilen will, ob man propter metum Restitutionem in integrum bitten könne. Z. B. eine Frauensperson wird auf freyem Felde von 2 Kerls angegriffen, welche sie entweder stupriren wollen, oder sie soll ihnen Geld zu geben versprechen. Aus Furcht, ihre Jungferschaft zu verlieren, verspricht sie es auch. Die Furcht

vor der Nothzucht hat auch bey herzhaften Weibsleuten statt. Metus Reverentialis (Ehrfurcht) hingegen läßt den Willen frey, daher ist sie zur Restit. I. I. nicht hinlänglich, ausser es ist Furcht vor Gewalt dazugekommen, z. B. der Vater stellet der Tochter einen Freyer vor, der aber ein alter Kerl ist. Der Vater will sie zum Favorte zwingen. Sie will aber den Kerl nicht haben. Endlich drohet er ihr mit Schlägen, und stellet sich in Positur. Kann sie da Restitution bitten? Antw. Ja, hier hat sie nicht frey handeln können. Es erfordert diese Restitution ein Uebel, so einem bevorgestanden ist, das kann aber auch ohne Bedrohungen geschehen. Jedoch sind Bedrohungen zu dieser Restitution hinreichend, wenn es nur solche Bedrohungen sind, die zur Wirklichkeit gebracht werden können. Sonst heißt es: Vom Drohen stirbt man nicht. Wenn man also einem gedrohet hätte, man wollte ihn unehrlich machen, z. B. wo du das nicht thust, halte ich dich für unehrlich, so ist keine Gefahr vorhanden, die einer zu befürchten hätte, indem Infamia nicht vom Willen der Privatorum abhängt. Daher hat man nicht nöthig, sich durch eine solche Bedrohung abschrecken oder bewegen zu lassen, etwas zu versprechen oder zu geben. Wenn man auch etwas aus einer solchen Furcht gethan hat, so bestehet es doch, und ist es so viel, als hätte man es ohne Furcht gethan, weil die Furcht nicht gegründet ist. Wenn man hingegen einem mit dem Tode gedrohet hat, das ist ein Metus justus, z. B. wenn man einem die aufgezogene Pistole auf die Brust setzet, und ihn zu erschießen drohet, wenn er nicht eine gewisse Summe Geldes zu zahlen versprechen wolle. Wenn einer nur sagt, er wolle den Andern erschiessen, wenn er ihm nicht verspräche, Geld zu geben, das sind bloße Drohungen und unzulänglich, ausser es würde einem die Pistole auf die Brust gesetzt. Und so sind andere Fälle mehr, wo einer mit Grund wegen eines künftigen oder schon gegenwärtigen Uebels sich fürchten kann. Diese Restitution ist nun bey den Römern bey negotiis stricti Juris nöthig gewesen, weil man darinn auf nichts erkennen konnte, als was verabredet war. Es war aber freylich unbillig. Daher ist eben Restitutio in integrum zur Aufhebung solcher sonst Rechtsbeständigen Geschäfte nöthig gewesen. Hier ist eine Collisio inter Jus civile et naturale. Dieses will haben, niemand zu beleidigen, mithin kann es ja dem bösen Buben kein Jus quaesitum geben. Das Gesetz aber, das verbeut, jemand in Furcht zu setzen, kann auch nicht gestatten, daß jemand durch eingejagte Furcht ein Recht erlange.

§. 5.

Daher ist eine Actio und Exceptio entstanden, nachdem man nämlich entweder aus einem solchen Geschäfte hat klagen wollen, oder aber daraus belangt

indem ich ein Verbrechen abwende. Deswegen heißt auch dieser Dolus bonus *solertia*, welches vielmehr eine Tugend ist. Ich habe einen saumseligen Schuldner, der mir Jahr und Tage schuldig ist, kann aber nichts von ihm bekommen, weil es aber nur 6 Thaler anbelangt, will ich ihn nicht allererst belangen. Als ich einsmals also verreisen will, borge ich von ihm einen Koffer. Er meynt nach meiner Zurückkunft, ich hätte die Schuld längst vergessen, will also den Koffer wieder haben. Da kann ich sagen: Zahle mir vorher das Geld. Das ist nach den Gesetzen erlaubt. Dieses ist auch bey Kriegslisten und bey Cautelen in Contractibus erlaubt. Eberhard Otto hat unter seinen in einem Volumine edirten Dissert. eine de Dolo bono, und Struv hat eine insbesondere de Dolo bono Advocati geschrieben. Winter de eo, quod justum est circa Dolum bonum. Wenn man hingegen simulirt, um den Andern dadurch zu seinem Schaden zu verleiten, so heißt es Dolus malus. Wenn man ihm eine schlechte Waare für eine gute ausgiebt, und ihn also dadurch vorsetzlicher Weise in Schaden bringt, so heißt diese Simulatio Dolus malus.

§. 9.

Diese letztere Art des Doli ist verbothen, dergestalt, daß wenn man bey einem Handel hintergangen worden ist, man daraus eine Klage und Einrede erhält, eine Klage, wenn man durch das Geschäfte um etwas gekommen ist, und es wieder haben will, eine Exception, wenn man aus einem solchen Geschäfte wegen der Erfüllung belangt werden sollte, um die Action, quae summo Jure erat fundata, abzuwenden. Z. B. Einer schwatzt mir ein rares Buch ab, mit Vermelden, es komme nächstens mit Noten heraus, weit vermehrt. Ich gebe es ihm, nachher erfahre ich, daß es nicht wahr sey, so kann ich wider ihn Actionem de Dolo anstellen, und das Buch wieder fordern. Titius will von mir Geld borgen, ich will ihm nicht trauen, sondern erkundige mich bey einem guten Freunde, welcher aber sich freuet, mir eins ans Bein zu geben, und also mein hinterlistiger Freund ist, der den Mann sehr herausstreicht, daß er angesessen sey, so daß ich mich endlich überreden lasse, und mein sauer verdientes Geld weggebe, Titius hingegen wird in 6 Wochen wegen schon ziemlich obhabender Schulden ganthmäßig. An wen halte ich mich? Antw. An den schelmischen Rathgeber mit der Actione de Dolo Wenn ich aber einen Contrakt schließe und mir stipulire, daß alles ohne Betrug geschehen soll, der Contrahent begeht doch aber einen Dolum, so habe ich nicht nöthig, Actionem de Dolo anzustellen, sondern ich klage aus dem Einverständnis selbst, wodurch ich ebenfalls Satisfaktion erhalte, und er hat den Vortheil, daß er

nicht

nicht infamis wird. Heut zu Tage aber hat man diese Klage dazu nicht nöthig, daß man auf Aufhebung des Geschäfts klagt, sondern weil nunmehr alle Contractus bonae fidei sind, so werden sie ipso Jure durch den Dolum, der dabey vorgekommen, null, und da kann man propter nullitatem 30 Jahre lang klagen oder Querelam nullitatis anstellen. Noodt ist bey dieser Materie in Tractatu Opusculorum suorum de forma emendandi Doli mali zu gebrauchen.

§. 10.

Die dritte Causa Restitutionis in integrum ist die Minderjährigkeit, *Minorennitas*. Es wird nämlich einer in integrum restituirt, wenn er wegen seiner Minderjährigkeit beschädigt worden ist. Was überhaupt bey der Restitutione in Integrum erfordert wird, das wird auch bey einer jeden Art derselben erfordert, und also ist auch hier das erste, daß Laesio erwiesen werden muß. Hier nun muß es eine Laesio seyn, die vom minderjährigen Alter herkömmt, und zwar in einem solchen Falle, wo kein andres Remedium Juris statt findet. Wenn der Minor ohne Curator, der Pupill ohne Vormünder ein Negotium gerirt, und sich dadurch lädirt haben sollte, so ist das Negotium gar nullum, also kann dießfalls Restitutio in integrum ex Capite aetatis minorennis keinen Platz ergreifen. Solchemnach hat Restitutio in integrum blos in dem Falle statt, wo das Negotium zugleich mit dem Vormunde von einem Impubere, oder mit dem Curator von einem Minore gerirt worden ist. Wenn sie da, obgleich mit Zuziehung ihrer Vormünder und Pfleger, sich lädirt haben, so können sie um Restitutionem in integrum bitten, weil sie sonst ohne ihr Verschulden Schaden leiden würden, da sie sich doch nicht besser haben in Obacht nehmen können, als wenn sie die Tutores und Curatores mit beygezogen haben, und doch lädirt worden sind. Das setzt voraus, daß minorennis aetas erwiesen ist, welches z. B. durch die Taufbücher erwiesen werden kann. Und so lange sich einer noch in der Minderjährigkeit befindet, so lange kann er auch um diese Restitutionem in integrum bitten. Er ist aber noch minorenn bis auf die erste Stunde, womit sich die Majorennität anfängt. Daher kann er auch noch die Restitutionem ex Capite aetatis minorennis bis auf die letzte Stunde aetatis minorennis suchen. Oben aber haben wir gehört, daß in Jure Romano alle, so unter 25 Jahren sind, in Jure Saxonico alle, die das 21ste Jahr noch nicht erreicht haben, Minores heissen.

§. 11.

Wie überhaupt ad Restitutionem in integrum nicht nur nöthig ist, daß

eine Laesio vorhanden, sondern auch erfordert wird, daß Laesio nicht modica sey, da um einer geringen Läsion halber einen Contrakt zu rescindiren nicht rathsam ist, und es allzuviele Processe geben würde, also wird auch hier insbesondre erfordert, daß wenn ein Minor in integrum restituirt seyn will, Laesio nicht modica seye, sondern daß wenn er ein Negotium halten sollte, er einen großen Schaden an seinem Vermögen leiden würde. Wenn er nun aber einen solchen großen Schaden an seinem Vermögen darthun kann, so gilt es gleich viel, wie das Negotium gerirt worden, gerichtlich oder aussergerichtlich, genug, daß er Schaden davon hat, und diesen Schaden wegen der Minderjährigkeit leiden müßte, so doch unbillig wäre. Ein Minderjähriger kann sowohl durch Handeln als Unterlassen beschädigt werden. Dieses, wenn er ein gewisses Geschäft hätte vornehmen können, solches aber unterlassen hat, z. B. unterlassen hat, eine fette Erbschaft anzutreten. Jenes, wenn er ein Negotium vollzogen, und es wäre nützlicher für ihn gewesen, wenn er es unterlassen hätte, z. B. wenn er eine Erbschaft angetreten, die ihm nichts als Schulden einbringt. Diese Laesio ist facti, muß also bewiesen werden, wo sie sich nicht schon aus der Natur des Geschäfts selbst vermuthen läßt, in welchem Falle allein bewiesen werden darf, daß das Geschäft vom Minderjährigen ausgeführt worden ist, z. B. wenn der Minderjährige wegen einer nicht eingelegten oder nicht fortgesetzten Appellation die Restitution suchet.

§. 12.

Jedoch hat der Minor die Wahl, ob er auf die gewöhnliche Art und Weise, oder aber durch diese Rechtswohlthat der Restitution sich helfen will. Denn weil vorauszusetzen ist, daß er zugleich mit einem Tutore oder Curatore das Geschäft besorgt habe, so hat er auch eine Klage gegen den Vormünder selbst, nämlich die Actionem Tutelae. Allein diese steht ihm nicht immer an, er kann manchmal viel geschwinder zu dem Seinigen kommen, wenn er sich an den wirklichen Besitzer seiner Sachen halten könnte. In diesem Falle nun steht ihm Restitutio in integrum zu, vermittelst der er sich sogleich an einen jeden Besitzer des Seinigen halten kann. Diese Restitutio wird auch den Erben gegeben, ob diese gleich volljährig sind. Denn es ist eine Distinctio inter privilegium personale und Jus singulare zu machen. Alle Jura singularia fallen auf den Erben, folglich geht auch diese Restitutio ad haeredes, weil sie ein Jus singulare nicht personale ist. Wenn der Erbe des Minoris auch Minor ist, so hat er 4 Jahre Zeit, Restitution zu begehren, welche von dem 25ten Jahre an gerechnet werden. Wenn er aber Major ist, so werden die 4 Jahre vom ersten Tage der angetretenen Erbschaft an gerechnet. Sonst

wird

wird er nicht gehöret, welches uns, wenn wir auf das Quadriennium kommen, klärer werden wird.

§. 13.

Dieses Beneficium hat nicht statt, wenn der Minderjährige sich vorsetzlich für volljährig ausgegeben hat. Denn es heißt: Dem Betrug sind die Gesetze nicht günstig, auch macht der Betrug einen der Rechtswohlthaten unwürdig. Wenn einer z. B. an den Sempronius sein Haus verkaufen, und dieser nicht mit ihm contrahiren wollen, weil er noch minorenn wäre, er aber sagt, er wäre schon majorenn, so ist hier Dolus vorhanden, und ihm um deswillen das Beneficium Restitutionis in integrum abzuschlagen, wenn er nach abgeschlossenem Kaufe sich auf seine Minderjährigkeit berufen und vorgeben will, er wäre beschädigt. Unterdessen hebt sich Betrug durch Gegenbetrug auf. Wenn derjenige, welcher mit ihm zu thun hat, selbst wieder in Dolo versirte, so wird dadurch der Dolus Minorennis compensirt. Und wie Restitutio in integrum eine Beschädigung voraussetzt, so muß auch der Minor Major jam factus das Negotium nicht für genehm gehalten haben. Denn wenn er es für genehm hält, so kann er sich über keinen Schaden beschweren, falls er nämlich die wahre Beschaffenheit des Negotii versteht oder weiß. Z. B. es hat sein Curator ihm ein Haus verkauft, und zwar Zielweise, der Curator hat schon einige Zieler eingenommen, nun wird der Minor majorenn, bekommt also auch die Verwaltung seiner Güter selbst, und nimmt die übrigen noch restirenden Zieler selbst an, so billigt er, was der Curator gethan hat; billigt er aber das, so kann er sich ja über keine Beschädigung beschweren. Es gilt also gleich viel, wenn er es nur stillschweigend billigt. Weil auch ferner aetas Minorennis als die Causa hujus Restitutionis in integrum vorausgesetzt wird, so fällt sie auch in dem Falle, da ein Minderjähriger vor wirklich erlangter Volljährigkeit für volljährig erklärt worden ist, oder veniam aetatis erlangt hat, weg. Denn dieser wird nach erlangter Venia aetatis pro Majorenni gehalten. Was aber von dieser Venia aetatis zu merken ist, davon ist oben schon gehandelt worden. Ferner hat die Restitutio in integrum nicht statt, wenn der Minderjährige das Geschäft eidlich bestättigt hat, vermöge der Authenticae, Sacramenta puberum, welche von Friederich dem II. im dreyzehenden Jahrhundert dem Corpore Juris inserirt worden ist, und sich auf die Principia Juris Canonici, und zwar dieses gründet, daß man nicht um des Zeitlichen halber oder um eines Gewinnstes willen sein Gewissen in Gefahr, nämlich in die Gefahr, dermaleinst in Gewissensscrupel zu verfallen, begeben sollte, indem das Jus Canonicum das Principium festgesetzt hat: Aller Eidschwur, der ohne Verlust der ewi-

ewigen Seeligkeit gehalten werden kann, müsse gehalten werden. Denn wenn man auch gleich Schaden davon hat, so ist doch besser, daß man den Schaden, als nachher Gewissensscrupel leidet, wenn man gegen seinen Eid handeln, oder etwas unterlassen wollte. Doch muß dieser Eid ohne Zwang, Furcht und Betrug geleistet werden. Hat auch der Minderjährige keinen Vormund, so ist sein unternommenes Geschäft ohnehin nichtig, und der Beschädigte kann sich mit einem gewöhnlichen Rechtsmittel, der Querela nullitatis, helfen. Es schließt der Eid blos die Rechtswohlthat wegen der Minderjährigkeit, nicht aber andre auch Volljährigen zustehende Rechtsmittel, aus. So kann ein Minor demungeachtet einen Contrakt ex capite laesionis enormis impugniren. Solchemnach ist auch heut zu Tage das sicherste Mittel, daß man, wenn man mit Minorennibus und ihren Curatoribus zu thun hat, den Minorennem schwören läßt, so ist man gesichert, daß er sich hernach auf das Beneficium Restitutionis in integrum nicht berufen kann. Es ist so zu verstehen, daß der, welcher den Eid ablegt, plenam pubertatem erreicht hat, oder hier wird ein Mensch vorausgesetzt, der über 14 Jahre alt ist. Um noch viel weniger also hat wegen eines Schadens, der nachher durch Zufall geschehen ist, Restitutio I. I. statt. Z. B. es kauft einer ein Haus und giebt 4000 Rthlr. dafür, einige Tage nach geschlossenem Kaufe kömmt eine Feuersbrunst aus, und verzehrt sein Haus zugleich mit, so kann Minor nicht begehren, wegen dieses Unglücks restituirt zu werden, ob er gleich durch diesen Contrakt beschädigt wird. Die Beschädigung kömmt ja nicht von seiner Minderjährigkeit, sondern vom Zufalle her.

§. 14.

Ferner, da eine Laesio zum Grunde liegt, die a Minorennitate herrühret, so folgt, daß wo ein Minor sich selbst die Beschädigung beyzumessen hat, er auf seine Minorennität sich nicht berufen könne, insoferne sie nämlich einen treffen würde, der auch nicht Minor wäre. Es hat z. B. ein Minor in seinem 20sten Jahre seine eigene Haushaltung nebst einer Handlung angefangen, und wird nun beschädigt, so kann er in Handlungs- oder Haushaltungssachen die Restitutionem in integrum nicht suchen, denn als Minor hätte er seine eigene Haushaltung noch nicht anfangen, noch auch negotiiren sollen, wenn er also dadurch lädirt wird, kann er sich nicht beschweren, und könnten viele unschuldiger Weise dadurch in Schaden kommen, wenn er gegen sie Restitutionem in integrum suchen könnte, da sie doch bona fide mit ihm gehandelt haben, in der Meynung, daß weil er eine Handlung führe, er nicht mehr Minor, sondern

sondern bereits majorenn seyn müsse. Daher kann er sich nicht beschweren, wenn ihm das Beneficium Restitutionis in integrum abgeschlagen wird.

§. 15.

Diese Restitutio wird begehrt gegen den, mit dem man das Geschäft verhandelt hat. Denn diese Rechtswohlthat entspringt aus des Gegners Handlung, mit nichten also gegen den dritten Besitzer einer solchen abhanden gekommenen Sache, ausser er hat die Beschädigung wohl gewußt. Z. B. Minor hat einen Morgen Land um 20 Rthlr. wohlfeiler verkauft, als billig ist, der Käufer hat denselben an den Titius verkauft, der die Läsion weiß, da kann der Minor seinen Regreß an ihn nehmen, weil der Käufer in mala fide gewesen ist. Sie fällt gegen diejenigen überhaupt weg, welchen man eine sonderbare Ehrerbietigkeit schuldig ist, denn dieser widerspräche es, wenn man dasjenige, so mit ihnen eingegangen worden, wieder umschmeissen wollte. Wozu noch kömmt, daß dergleichen Personen keinen Verdacht einer vorsetzlichen Beschädigung gegen sich haben, und doch ob Laesionem die Restitutio in integrum verstattet wird. Eltern nun, und sowohl dem Vater als der Mutter, ist man Ehrfurcht schuldig, desgleichen auch ehemals den Patronis. Daher kann man gegen seine Eltern qua tales, und also weder gegen Vater noch Mutter, nämlich die leiblichen, Restitutionem in integrum nicht suchen, wohl aber also gegen die Mutter als Vormünderinn, oder wenn sie nicht als Mutter betrachtet wird, denn sie ist blos frey von der Restitutione in integrum als Mutter, und also kann sie nicht frey seyn, wenn sie nicht als Mutter anzusehen ist. Und das gründet sich auch in der natürlichen Pflicht, daher geht es nicht auf die bürgerlichen Verhältnisse, als auf parentes et liberos per adoptionem tales, sondern gegen dergleichen Eltern kann man Restitutionem in integrum suchen. Dann fragt sich, ob man denn gegen einen Dritten, der seinen Regreß an den Vater oder an die Eltern überhaupt nehmen kann, die Restitution suchen könne? Antw. Nein, obgleich Struv das Gegentheil behauptet. Berger in seinen Schriften ist sich selbst hierinn widersprechend. Anfangs statuirte er, daß man contra parentes überhaupt nicht, nicht einmal per indirectum, Restitutionem in integrum suchen könne, hernach aber nimmt er seine Meynung zurück. In der That aber sind seine erstern Gedanken besser gewesen. Denn es ist gleich viel, ob man sie gegen den Vater directe oder indirecte sucht, in einem Falle wird der Respekt gegen ihn violirt, wie in dem andern, und deswegen ist doch Restitutio in integrum directe gegen die Eltern nicht erlaubt worden. Man setze z. B., daß der Vater von den bonis adventitiis der Kinder etwas verkauft hätte, und zwar viel zu wohlfeil, so daß der Sohn dadurch sehr lädirt wäre, so fragt sichs, ob der Sohn nicht

contra tertium Restitutionem in integrum suchen könne? Antw. Nein, nämlich gegen den Käufer, aus der Ursache, weil sich sonst dieser an den Vater hielte, und das von dem Vater besorgte Geschäft wieder aufgehoben werden müßte. Es ist ja aber einerley, ob es rescindirt wird, wenn man gegen den Vater selbst Restitutionem in integrum sucht, oder ob es rescindirt wird, wenn Restitutio contra tertium, z. B. gegen den Verkäufer, gesuchet wird. Dadurch wird eben der Respekt violirt, daß man umschmeissen oder improbiren will, was der Vater gethan hat, da man aus Respekt gegen ihn sich soll gefallen lassen, was er thut. Unterdessen sind doch die meisten Doctores dieser Meynung gewesen. Allein es ist doch dabey noch zu merken, daß ob man gleich gegen die Eltern sich nicht, weder directe, noch per indirectum, wie gezeigt worden, restituiren lassen kann, man jedoch gegen sie auf Entschädigung mit der Actione in factum klagen kann. Denn bey dieser Actione in factum, die aus der Billigkeit entsteht, bleibt der Respekt den Eltern allemal ungekränkt. Es bleibt das Geschäft, und wird den Kindern nur die ihnen dabey zugefügte Laesio ersetzt. Ferner fällt dieses Beneficium Restitutionis in integrum gegen einen gleichfalls beschädigten Minderjährigen weg, weil es heißt: Privilegiatus contra aeque privilegiatum Jure suo non utitur, nisi unus certet de damno vitando, alter de lucro captando. Oder wenn zween concurriren, die auf gleiche Weise privilegirt sind, so hebt Eines sein Privilegium des Andern seines auf, und muß also nach dem Jure communi gegangen werden. Wenn demnach ein Minor mit dem andern contrahirt hat, und es wäre einer beschädigt worden, so kann er sich dieses Beneficii gegen ihn anders nicht, als in dem Falle bedienen, wo der Beschädigte Verlust haben würde, hingegen der Andre nur einen Vortheil dadurch missen muß. Wenn also ein Minor lädirt worden ist, und z. B. mit dem Fisco oder einem Collegio, welche die Jura Minorum haben, contrahirt hat, so kann ein Minor sich doch gegen sie restituiren lassen, weil das Privilegium derer, die nur Jura Minorum haben, nicht so vermögend ist, als das Privilegium der Minorum selbst. Endlich fällt auch Restitutio in Sachen, die in Eines Wissenschaft oder Kunst einschlagen, weg. Z. B. ein Advokat ist Doctor Juris, aber noch unter 25 Jahren. Wenn er ex ignorantia Juris etwas versehen, kann er wohl Restitutionem verlangen? Nein, weil es für ihn schimpflich wäre, seine Unwissenheit zu bekennen, und achtet man auch auf kein solches schimpfliches Geständnis, wenn ein Dritter Schaden dadurch leiden würde. Ein anderes ist, wenn er sich in andern Geschäften übereilt hat, da kann er wohl um Restitution bitten, weil es nicht zu seinem Fache gehöret.

§. 16.

§. 16.

Manchmal geschieht es, daß einer Restitutionem in integrum aus angeführten Gründen sucht, selbige ihm aber abgeschlagen wird, von solcher Urthel, wodurch ihm Restitutio in integrum abgeschlagen wird, könnte er appelliren, er thuts aber nicht, sondern läßt die Urthel rechtskräftig werden, so kann er doch noch Restitution in integrum suchen, allein contra omissam Appellationem, und alsdann geht es an, daß er wieder von der Urthel appelliren kann, und ihm die Rechtskraft nicht im Wege steht. Sonst aber geht es nicht an, daß man eine Restitution in integrum, die einem abgeschlagen worden ist, aus dem nämlichen Grunde wieder suchen kann, denn wenn man weiß, daß ein Ansuchen vergebens ist, so darf man es auch nicht vortragen. Ist aber Res judicata vorhanden, so ist das Petitum vergebens, wodurch man die Restitution wieder aus dem nämlichen Grunde sucht, denn hat Einmal die Bewegursache nicht erwiesen werden können, daß um derselben willen der Richter die Restitutionem erkannt hätte, so wird er um noch viel weniger das anderemal aus dem nemlichen Grunde die Restitution verwilligen. Ein andres ist es, wenn das Restitutionsgesuch aus einem andern Grunde wiederholt würde, z. B. wenn man Anfangs ex Capite Doli Restitutionem in integrum gesucht hat, hingegen aber Dolum nicht erweisen können, und also ein widriges Urthel erfolgt, wodurch Restitutio in integrum abgeschlagen worden, man bedient sich auch deswegen nicht gleich der Restitution contra omissam Appellationem, so findet doch noch petitio Restitutionis ex diversa Causa, e. gr. ex Causa Minorennitatis statt. Deswegen sagt Struv: die einmal abgeschlagene Restitution werde dem Supplikanten aus dem nemlichen Grunde nicht gestattet. Folglich giebt Struv doch selbst zu, daß ein neuer Grund erlaube, das Restitutionsgesuch zu wiederholen.

§. 17.

Weil nun diese Restitutio sich in Minorennitate gründet, so ist sie auch auf Minderjährige eingeschränket, und kann auf Volljährige nicht ausgedehnt werden, ausser durch Schlüsse und Folgerungen, per indirectum. Wenn z. B. eines Minderjährigen und eines Volljährigen Geschäft untheilbar zusammenhängt, und daher des Minderjährigrn Recht nicht Platz greifen kann, wenn nicht zugleich der Volljährige mit restituirt werden kann, so kömmt das Beneficium Restitutionis in integrum, so dem Minori verstattet werden muß, zugleich auch dem Majori zu gut. Ein Minor und Major z. B. besitzen ein Gut unzertheilt miteinander. Nun provocirt der, welcher volljährig ist, auf die Theilung,

lung, wie er zu thun berechtigt ist. Es wird darauf das Gut verkauft, aus dem Verkaufe aber entspringt eine Laesio, um derentwillen der Minor restituirt seyn will, so muß propter connexitatem seu individuitatem dieses Beneficium Restitutionis in integrum, so dem Minori verstattet werden muß, auch dem Majori zu statten kommen. Auf seiner Seite gilt der Contrakt sodann auch nicht. Wenn ein Minor Geld borget, und ein Andrer bürget für ihn, und er verbindet sich eidlich gegen den Bürgen, daß er ihn schadlos halten wolle, so hilft dem Bürgen das Beneficium Restitutionis sowohl als dem Minderjährigen.

§. 18.

Da aber Restitutio in integrum zu dem Ende gesucht wird, daß ein Geschäft, wodurch man lädirt worden, aufgehoben werden möge, und daher etwas Verhaßtes ist, so hat man sie suchen bald möglichst auszuschließen, und daher eine kurze Zeit, nämlich von 4 Jahren, anberaumt, nach deren Verlaufe derjenige derselben verlustig seyn soll, welcher sie während dieser Zeit nicht gesucht hat. Es läuft diese vierjährige Frist gegen den Beschädigten verjährungsweise, und doch heißt es: agere non valenti nullam currere Praescriptionem. Daher fragt sich, von welcher Zeit an, ob von der Zeit der Volljährigkeit, oder aber von der Zeit der erlangten Nachricht das Quadriennium zu computiren sey? Antw. Vielmehr von der Zeit der erfahrnen Beschädigung, als von der Volljährigkeit oder dem ersten Tage des 26sten Jahres, wie Struv sagt, denn es kann seyn, daß ein Minor nichts davon hat wissen können, daß er lädirt ist. Er kann ja nicht immer sogleich wissen, was sein Curator während der Curatel gethan hat, das erfährt er manchmal erst lange Zeit hernach. So lange er aber von der Beschädigung nichts weiß, kann er ja derselben halber nicht klagen, folglich kann auch in Ansehung derselben keine Verjährung gegen ihn laufen. Per veniam aetatis wird nun ein Minor für volljährig erklärt, daher muß auch von der Zeit der erlangten Veniae aetatis intra Quadriennium, wenn er nämlich die Läsion gewußt hat, die Restitutionem in integrum gesucht werden. Hat er aber dieses Quadriennium verstreichen lassen, so kann er doch auch noch, wie Struv wohl anführt, die Restitution auf das suchen, was zu seinem Nachtheile während seiner Minderjährigkeit unternommen worden ist, bis zum ersten Tage des 26sten Jahres, als den Terminum majorennitatis. Denn gesetzt, daß er auch das Quadriennium, wenn er z. B. im 18ten Jahre Veniam aetatis erhalten, hätte verstreichen lassen, und der Richter wollte ihm etwa im 23sten Jahre die Restitution nicht mehr zugeben, so kann er contra ipsam Veniam aetatis impetratam sich restituiren lassen, mithin findet doch

noch

noch immer ein Remedium gegen die Verjährung statt. So lange aber noch ein Remedium gegen die Verjährung statt findet, so lange kann keine laufen. Solchemnach wenn einer Veniam aetatis erlanget hat, so läuft eine Verjährung gegen ihn erst nach dem 25sten Jahre, weil er vorher sich noch immer auch contra Veniam aetatis restituiren lassen kann.

§. 19.

Diese Restitutio in integrum ist auch auf andre Subjekte ausgedehnt worden. Sie ist nämlich auch auf die Republiken erstreckt worden, wenn sie durch ihre Administratores sollten beschädigt worden seyn. Es ist der nämliche Grund vorhanden, daß man ihnen sowohl gegen dergleichen Beschädigungen zu Hülfe komme, als den Minoribus. Denn sie kommen mit Minoribus darinn überein, daß beyde sich mit einander auf eines Andern Fleiß verlassen müssen, und also ohne ihr Verschulden Schaden leiden würden. Und zwar ist diese Extensio geschehen in L. 3. C. de Jure Reipublicae. Hernach ist sie durch die Doctores auch auf jede andre Gemeinde, wenn sie z. B. durch ihre Oeconomos sollte beschädigt worden seyn, erstreckt worden, und hat diese Ausdehnung die Wirkung einer Gewohnheit erhalten. Ob man daher gleich kein Jus scriptum vorzeigen kann, worinn den Vniversitatibus und andern Collegiis das Beneficium Restitutionis in integrum verstattet worden, so hat man doch ein Jus non scriptum, oder die Observanz für sich. In C 1. 2. 3. de Restitutione in integrum ist auch den Kirchen, Klöstern und andern piis Corporibus, z. B. Hospitälern, das Beneficium Restitutionis in integrum eingeräumt worden, da ja auch sie sonst die Jura Minorum haben, und sich ebenfalls auf Administratores verlassen müssen. Unterdessen ist es bey Kirchen und andern Personis mysticis etwas besonderes, daß sie niemals majorenn werden. Demnach werden die 4 Jahre von der Zeit des Geschäfts an gerechnet. Wenn aber z. B. ein Vorsteher solches verbirgt, bis er stirbt, und sie alsdann erst sehen, daß sie beschädigt worden sind, dann gehen die 4 Jahre erst von erlangter Nachricht oder von der Zeit an, da die pia Causa Wissenschaft davon erlangt hat, oder da der Nachfolger eines Prälaten die Beschädigung seines Vorfahrers seu Praelati laedentis in Erfahrung gebracht hat. Denn gegen die Kirche kann keine Verjährung laufen, so lange der Prälat lebt, der ihr Schaden gethan hat, weil niemand da ist, der während der Zeit, so lange der Prälat lebt, die Rechte der Kirche gegen ihn vertheidigen kann. Wenn aber auch ein Nachfolger kömmt, so kann der nicht allemal sogleich alles in Erfahrung bringen, wo der Vorfahrer der Kirche geschadet hat. Erst alsdann also, wenn

wenn er vom Tage der vom Vorfahrer zugefügten und erfahrnen Beschädigung an das Quadriennium verstreichen lassen, und Restitutionem in integrum nicht gesucht hat, kömmt die Kirche darum. Wenn demnach Struv sagt: Et quidem intra Quadriennium a tempore laesionis, so muß hinzugesetzt werden: Von der erfahrnen Beschädigung an, denn auch hier heißt es: Agere non valenti nulla currit praescriptio.

§. 20.

Es giebt auch eine Restitutionem ob Capitis Diminutionem, die aber heut zu Tage nicht mehr gebräuchlich ist. Denn sie setzt voraus, daß die Capitis Diminutio einen um Rechte bringt, das thut sie aber heut zu Tage nicht mehr, sonde n sie hebt nur ohne Nachtheil aller und jeder Befugnisse die väterliche Gewalt auf. Diese Restitutio in integrum setzt voraus, als wenn man per Capitis Diminutionem oder Emancipationem in servitutem detrudirt würde, welches aber heut zu Tage nicht mehr ist. Denn sowohl Adoptio, in so weit sie eine Capitis Diminutionem enthält, als auch Emancipatio geschehen heut zu Tage alle salvo Jure Emancipatorum et Adoptatorum, so daß sie zu ihrem Besten und nicht zu einigem Schaden vorgehen.

§. 21.

Ferner giebt es eine Restitutionem in integrum ex Capite Absentiae, (wegen Abwesenheit). Ehemals hat man wegen der Abwesenheit, wodurch man beschädigt worden, überhaupt Restitutionem in integrum suchen können. Allein nachmals, weil man das Fundamentum Praescriptionis in Erwägung gezogen hat, ist L. 2. C. de annali Praescriptione ein Remedium eingeführt worden, wodurch die Restitutio in integrum nur von demjenigen Abwesenden, gegen den ein Gegenwärtiger verjährt hatte, gesucht werden kann. Hingegen geht es nach diesem Gesetze nicht an, daß derjenige, dessen Gegner abwesend ist, und welcher nicht protestirt hat, gegen den Lauf der Verjährung sich weiter auf eine Restitutionem in integrum beziehen kann. Denn wenn er während der Zeit gegen den Lauf der Verjährung nicht protestirt hat, so hat er es nachher sich allein zuzuschreiben, wenn eine Verjährung gegen ihn läuft. Z. B. Mevius hätte einen Diamant gefunden, der dem Sempronius zustünde, und Sempronius bringt es in Erfahrung. Ehe er aber den Diamant vindiciren kann, geht Mevius auf und davon, und er bekommt ihn innerhalb 20 Jahren nicht zu sehen, unterdessen ist Mevius angesessen, und es kann also zu

Hause

Hause oder gerichtlich gegen den Cursum Praescriptionis protestirt werden, wenn er auch noch so lange wegbleiben sollte. Dazu ist man denn nach diesem L. 2. C. de annali Praescriptione gehalten. Hat man es nicht gethan, und er kömmt erst nach 10 Jahren wieder, so kann man wegen seiner Abwesenheit Restitutionem in integrum gegen die Verjährung nicht suchen, sondern die letztere wird zur Strafe der Saumseligkeit, daß man sich nämlich dieses Remedii Protestationis nicht bedient hat, aufrecht erhalten. Es hat aber dieses nur dann statt, wenn der Abwesende durch niemand vertheidigt würde. Denn hat er einen Anwald zurückgelassen, so kann dieser belangt werden. Wäre aber auch dieser nicht gegenwärtig, so kann die Klagschrift durch einen Notar oder drey Zeugen unterschrieben in des Gegners Bewohnung gesandt werden. Dabey aber wird Absentia laudabilis seu justa, eine untadelhafte Abwesenheit, erfordert, sie mag *necessaria* oder *voluntaria* seyn. Wenn die Absentia vituperabilis ist, daß einer z. B. etwa ausgetreten ist, um nicht eines Verbrechens halber eingezogen zu werden, und er ist lange ausgewesen, während der Zeit aber gegen ihn eine Verjährung gelaufen, so kann er dagegen Restitutionem in integrum nicht suchen. Denn da hat er es sich selbst beyzumessen, und würde einem sein Vergehen ja sonst noch einen Vortheil bringen. Das wäre unschicklich. Nur alsdann, wenn einem die durch Abwesenheit zugefügte Beschädigung nicht beygemessen werden kann, und es unbillig wäre, daß sie ihn träfe, kann er gegen eine solche Laesionem ex Absentia sich restituiren lassen. Wer hingegen boshafter Weise abwesend ist, wird gar nicht restituirt. Dahin gehört die Contumacia. Unterdessen sind Wissenbach, Wesenbeck und Schilter der Meynung gewesen, als wenn diese Restitutio noch die einzige wäre, welche nach den übrigen Cautis noch Platz griefe, nämlich Restitutio ex Capite Absentiae, und wäre diejenige darunter zu verstehen, da der Prätor die Restitutionem versprochen hat, si qua alia justa Causa ipsi esse videretur. Das ist aber falsch, da

§. 22.

diese Clausula: si qua alia Causa mihi justa esse videtur auf alle Fälle, da man ohne Bosheit oder Verschulden zu Schaden gekommen ist, geht. In allen diesen Fällen, wo einen ein Schaden trift, den er sich nicht zuzuschreiben hat, findet die Restitutio in integrum ex ista Clausula generali auch bey Majoribus statt, z. B. wenn man durch Unglück zu Schaden gekommen wäre. Eben daher kann bey einer Cession der Cessionarius, wenn er in justo Errore versirt, da er nicht hat wissen können, daß der Debitor nicht solvendo ist, wegen dieses Irrthums Restitutionem in integrum suchen, und dadurch

per indirectum zu seiner Entschädigung gelangen, oder erhalten, daß er den Schaden nicht zu tragen braucht, den er durch einen solchen verzeihlichen Irrthum sich zugezogen hat. Eben so, wenn man durch seines Anwalds Ungeschicklichkeit oder Verschulden beschädigt worden seyn sollte, indem er etwa ein Fatale versäumt hat, und man kann sich an ihm nicht erholen, so ist der Schaden ebenfalls wieder nicht dem Principal beyzumessen, und solchergestalt kann auch der Principal Restitutionem in integrum ex illa Clausula suchen. Eben so verhält es sich, wenn einer etwa aus Armuth einen Proceß liegen lassen müßte, weil er die nöthigen Kosten dazu nicht hätte herschiessen können, und dadurch geschähe, daß eine Praescriptio gegen ihn liefe, wie z. B. im Magdeburgischen. Wenn einer dort einen Proceß ein Jahr lang liegen läßt, so lauft die Verjährung gegen ihn, und er kann ihn nachher nicht wieder rege machen. Ueberhaupt kann man setzen: Ein Armer verliert den Proceß, ungeachtet er eine gerechte Sache hätte. Weil er aber nicht die Mittel gehabt hat, von der Sentenz, ehe sie rechtskräftig wurde, zu appelliren, so kann er sich nachher ins Armenrecht schwören, und Restitutionem suchen. Allein Armuth wird unumgänglich dazu erfordert. Wenn aber ein Armer durch sein Verschulden zu Schaden gekommen seyn sollte, und nicht, weil er arm gewesen ist und es ihm an den nöthigen Kosten gefehlt hat, so kann er auch die Restitutionem in integrum nicht mehr suchen. Denn es wird, wenn sie ex ista Clausula generali gesucht werden soll, vorausgesetzt, daß der Schaden seiner Schuld überhaupt nicht beygemessen werden kann. Darinn besteht der Unterschied zwischen einem Volljährigen und Minderjährigen in Ansehung der Restitutionis, daß jener nicht anders restituirt werden kann, als wenn er gänzlich extra Culpam ist. Minor aber kann auch Restitutionem suchen, wenn er gleich per culpam beschädigt worden ist. Johann Wolfgang Textors Diss. de Restitutione in integrum ex Clausula generali, Galesius de Restitutionibus in integrum ex Edicto Minorum et ex generali Clausula Praetoris.

Drittes Buch.

Tit. XXIII.

De Delictis in genere et in ſpecie de Delictis privatis.

§. 1.

Struv ſagt: *Delictum* ſey quaelibet offenſio contra Jus doloſe illata. Das iſt aber nicht wahr, denn es giebt auch quaſi Delicta, bey welchen kein Dolus vorhanden iſt. Daher iſt beſſer, man ſage: Das Delictum ſey ein Factum in ſe illicitum, immediate contra Legum prohibitionem ſponte commiſſum, überhaupt aber am beſten: Delictum ſey ein Factum Legi vel prohibitivae vel praeceptivae ſponte ab aliquo commiſſum ſive omiſſum. Noch kürzer iſt wohl die Erklärung: Verbrechen iſt eine freywillige Uebertretung eines menſchlichen Strafgeſetzes. Wie nun inter Peccata Commiſſionis et Omiſſionis diſtinguirt wird, ſo kann auch hier einer etwas bleiben laſſen. Z. B. ein Soldat ſoll wachen und ſchläft, ſo iſt es ein Delictum. Der Thürmer bekümmert ſich nicht um das Feuer, da thut er nichts, und es iſt doch ein Delictum. Es kann auch die beſte Handlung ein Verbrechen werden, wenn ſie gegen die Geſetze iſt. Kattun tragen iſt gleichgültig, wenn es aber der Fürſt verbietet, iſt es ein Delictum. Ohne Laterne gehen iſt bey dem ein Delictum, der es unterläßt, ungeachtet es an ſich etwas gleichgültiges iſt. Das Factum contra Leges macht alſo Formam eines Delicti aus. Ein Gebot oder Verbot hat ferner eine Sanctionem poenalem bey ſich, d. i. ſie drohen zugleich eine Strafe. Daher involvirt das Delictum zweyerley. Es entſteht daraus nicht nur eine Verbindlichkeit zur Entſchädigung, ſondern auch zur Unterwerfung unter die Strafe. Denn wenn gleich der Beſchädigte Genugthuung erhalten hat, ſo iſt doch dadurch, daß er beſchädigt worden, eine Unordnung entſtanden, die Unordnung aber muß wieder erſetzt werden, welches geſchieht, wenn der Laedens das Imperium mehr empfinden, und Verdruß ausſtehen muß, deſſen er ſonſt hätte entlediget ſeyn können, welches per poenas geſchieht. Ja weil der Verbrecher das Strafgeſetz weiß, wenigſtens vermuthet wird, daß er es weiß, ſo iſt es ſo viel, wenn er das Verbrechen, worauf die Strafe geſetzt iſt, verübt, als wenn er die Strafe

über sich ergehen lassen will, falls sein Delictum herauskommen sollte. Er meynt aber, daß es nicht herauskommen sollte, weswegen auch die Strafe ihn nicht abhält. Solchemnach setzt ein Delictum eine äusserliche Handlung voraus, weil daraus eine Obligatio ad reparandam Laesionem und poenam sustinendam entstehen soll. Denn das blose Denken schadet niemand. Daher es auch heißt: cogitationis poenam nemo patitur, nempe in foro soli, nicht in foro poli seu coeli. Wenn gleich einer gedenkt, bey eines Andern Frau zu schlafen, so geschieht ihm noch nichts. Allein das Factum externum kann *consummatum*, vollbracht, seyn oder nicht. Wenn es nicht vollbracht ist, so ists entweder angefangen, oder nicht. Ist das Factum externum consummatum, so heißt das Delictum *perfectum*, ein wirklich begangenes, ist es noch nicht consummatum, so heißt das Delictum *attentatum*. Z. B. es hätte einer in puncto stupri violentis nur ein Mädchen niedergeworfen, und dasjenige ab Seiten seiner gethan, was erfordert wird, ad Actum selbst aber noch nicht schreiten können, so heißt das Delictum nondum perfectum sondern imperfectum, jedoch attentatum. *Conatus* und Delictum *consummatum* sind in der Wirkung unterschieden. Jener wird nicht so hart gestraft. Wenn sich einer eben zu des Andern Frau legen wollen, stehet nur Carcer oder mulcta pecuniaria darauf, oder will einer Nothzucht begehen, die Person lauft davon, so ist die Strafe auch nicht so hart, es steht nur die Landesverweisung darauf. Man muß anbey unter dem nächsten Versuch und dem entferntern unterscheiden. Ein Sohn schüttet der Mutter Gift unter das Essen, diese bricht es wieder von sich und bleibt gesund, da hat nur Fustigatio statt, bleibt es in Actu remotiori, daß die Mutter nicht einmal ißt, da hat Relegatio, Carcer statt. Es kann keinem ein Verbrechen zugerechnet werden, als dem, der Verstand und Willen hat. Nachtwandler stehen im Schlafe auf, steigen auf Bäume, brechen Obst ab, und schlafen doch immer, legen sich wieder ins Bette, und den andern Tag wissen sie von nichts. Wie nun diese im Schlafe keinen Verstand noch Willen haben, also wenn sie einen ums Leben bringen, werden sie nicht ob dolum, sondern ob culpam gestraft, denn sie wissen ihren Zustand, und hätten sich also einsperren sollen. Soll etwas eigentlich ein Verbrechen seyn, so wird Vorsatz dazu erfordert. So wird ad Delictum verum erfordert, daß einer den Vorsatz gehabt hat, den Andern gegen das Strafgesetz zu beleidigen. Weshalben ein *quasi Delictum* genannt wird, wenn der Vorsatz, ein Verbrechen zu begehen, nicht vorhanden ist, sondern wenn etwa einer nur Culpa delinquirt, d. i. einem Strafgesetz zuwider handelt. Z. B. es hätte einer nicht im Sinne gehabt, den Andern todt zu schießen, sondern er schießt nach einem Wilde, und trift einen, der in einem Busche steht, so ist solches

eigent-

eigentlich kein Delictum, heißt auch nicht Delictum verum, ſondern aufs höchſte, wenn ihm eine Culpa imputirt werden kann, iſt es ein quaſi Delictum. Woher es heißt: Animus diſtinguit Delicta, der macht ſie entweder zu Delictis veris oder quaſi Delictis, hebt aber auch wohl gar ein Delictum auf, daß eine ſolche That pro mero Caſu fortuito gehalten wird. Daher das nämliche Verbrechen bald ein wirkliches, bald aber nur ein quaſi Delictum ſeyn kann. Nach dem römiſchen Rechte war quaſi Delictum eine Handlung, die eigentlich kein Verbrechen war, ſondern allein von den Geſetzen in Anſehung ihrer Wirkung dafür gehalten wurde. Ungeſchicklichkeit des Arztes oder Wundarztes iſt ein Beyſpiel. Daß Furioſi und Infantes gar nicht ein Verbrechen begehen können, iſt leicht begreiflich. Daher ſind ſie von aller Strafe befreyet, wenn auch die Wuth erſt nach dem Verbrechen ausbricht. Eine Jungfer hatte einen Liebhaber, der ihr untreu geworden war, ſie paßte ihm auf, fiel ihn an, und ſtieß ihn mit einem Dolche über den Haufen, hernach ſich ſelbſt, wurde aber wieder geheilt und verfiel in eine Raſerey. Da konnte ſie nicht geſtraft werden, weil ſie nicht gewußt hätte, warum ſie geſtraft würde, ob ſie gleich das Verbrechen bey geſundem Verſtande begangen hat. Was Kinder belangt, ſo heißt man ein Kind einen Menſchen unter ſieben Jahren, dem kann man nichts imputiren. Es ſchnitten einmal Kinder einander die Kehlen ab, weil ſie ſahen, daß mans den Schweinen alſo machte. Wären ſie zu kuriren geweſen, hätte keine Imputatio ſtatt gehabt. Karl der V ſagt: Nach dem 14ten Jahre ſind alle Henkermäßig.

§. 2.

Das Delictum wird in *publicum* et *privatum* eingetheilt. Denn ein Delictum enthält eine Verbindlichkeit zur Strafe. Die Strafe geſchieht nun zum Beſten des Beleidigten oder aber wegen des Staats. Die erſte heißt privata, die andere publica, als Strangulatio. Wenn nämlich Laedens eine ſolche Strafe erlegen muß, die dem Laeſo auſſer der Erſetzung ſeines Schadens verbleibt, iſt es eine Poena privata. So iſt z. B die Poena Injuriarum beſchaffen. Da kann man auch auf eine von dem Injurianten ſich ſelbſt zu erlegende Strafe klagen. So war es auch ehemals in furto. Ehemals war nicht genug, daß man nur den durch den Diebſtahl zugefügten Schaden erſetzt bekam, ſondern man bekam auch noch mehr darüber, zur Strafe des Diebs, und dieſe Strafe, weil ſie dem Laeſo zufiel, war eine Poena privata. Hingegen eine Poena publica iſt, welche dem Staate zufällt, oder welche die Republik einzieht, des gemeinen Beſten halber, als wie heut zu Tage beym Diebſtahl. Da iſt die Poena nicht mehr privata. Denn wenn auch gleich

der

der Eigenthümer seinen Diebstahl ersetzt bekommen haben sollte, so wird doch noch der Dieb gehenkt. Da wird die Strafe an ihm des Staats und der öffentlichen Sicherheit und nicht des Beschädigten halber vollzogen. Das kommt daher, daß einige Delicta mehr gegen das Interesse privatum, als publicum gehen, oder directe die Privatos lädiren, andere aber die öffentliche Ruhe und Sicherheit geradezu stören. Unter die Delicta privata rechnet der Autor den Diebstahl (furtum), die Beschimpfung (injuria), Beschädigung (damnum injuria datum), und Raub (vis bonorum raptorum). Nach dieser Ordnung handelt er selbige ab. Also zuerst die Materie vom Diebstahl.

§. 3.

So viel nun Furtum betrift, kann man bey der Erklärung, die in Institutionibus steht, bleiben und sagen, Furtum sey eine Entwendung einer fremden Sache ohne des Eigenthümers Wissen und Willen, um sich damit zu bereichern. Weil es denn heißt: daß die Absicht die Verbrechen von einander unterscheide, so muß auch der Animus lucrifaciendi das Furtum von andern Delictis unterscheiden. So unterscheidet dieser Animus den Diebstahl von dem zugefügten Schaden, weil Lex Aquilia keinen Animum lucrifaciendi, sondern die Absicht zu beschädigen voraussetzt. Wenn ich jemand 10 Ochsen todt schieße, ist es kein Furtum, weil nur Animus damnificandi vorhanden ist. Um noch viel weniger kann zum Diebstahl gerechnet werden, wenn einer einen Schaden aus blosem Scherze erlitten hat. Z. B. Es hätten die Studenten einem Müller seinen Wagen fortgetrieben, und in eine andere Gasse geführet, hingegen benützt gleich ein Anderer die Gelegenheit, und führt den Wagen ganz fort, daß ihn der Müller nicht wieder bekommen kann, so ist kein Furtum vorhanden, und kann der Müller die Studenten nicht als Diebe belangen, denn das erfordert Gewinnsucht, oder daß sich die Studenten hätten mit des Müllers seinem Schaden bereichern wollen. Das haben sie aber nicht thun wollen, sondern es ist ein bloßer Scherz. Um noch viel weniger ist es ein Furtum, wenn ein guter Freund dem andern in seiner Abwesenheit etwas von der Stube nimmt, ihm es aber nachgehends mit der Erinnerung wieder giebt, daß er sich inskünftige besser in Acht nehmen solle. Eben so ist es auch, wenn es blos ein Animus compensandi wäre. Man setze einen Goldschmidsjungen, der seinem Herrn viel abgetragen hätte, nicht aber in der Absicht, um sich mit seines Herrn Schaden zu bereichern, sondern er hatte ihn Ungezogenheit halber einsperren lassen, das ihn viel gekostet, mithin er so viel im Laden weggenommen, um dadurch seines Schadens wieder hereinzukommen, so ist das kein Furtum, denn er hat nicht Animum lucrifaciendi, sondern Animum compensandi

gehabt. Es iſt freylich nicht recht, wenn er auch auf dergleichen Weiſe compenſiren will. Ein andres aber iſt, ob es ein Furtum, und alſo auch mit der Strafe des Furti zu belegen ſey. Dasjenige nun, was bereits angeführt worden, kömmt auch mit des Autors Erklärung überein. Denn wenn es heißt, *Furtum* ſey eine *Contrectatio*, ſo bedeutet es ſo viel, als eine Ablationem. Denn dieſes Vocabulum deutet eine wirkliche Ergreifung einer Sache an, aber eine ſolche, die dem Eigenthümer ſchadet, worauf eine Ablatio erfolgt, welche fraudulosa genannt wird, denn ſie beſteht in Ablatione rei alienae inſcio ac invito Domino facta. Sodann kommt differentia ſpecifica, daß ſie geſchehen müſſe ex Animo lucrifaciendi, adeoque non ex joco, non ex animo nocendi. Wer alſo dieſe Abſicht hat, der iſt ein Dieb, ob er gleich nicht ſelbſt mit Hand angelegt, ſondern nur auf der Schildwache geſtanden oder die Leiter gehalten hat. Wenn ein ſolcher an dem Diebſtahl Antheil nimmt, ſo muß er ſowohl hangen, als der, ſo den Kaſten erbrochen. Der Conatus contrectandi aber involvirt noch kein Factum, wird daher auch nur willkührlich beſtraft. Z. B. einer ſieht, wie er in die Stube kommt, trägt die Sachen zuſammen, der Miethsmann aber kommt und fangt ihn, der wird nicht gehenkt, weil es nur Conatus iſt. Hingegen iſt genug, wenn der Dieb nur animo lucrandi die Sache des Andern weggenommen, wenn ſie ihm gleich durch einen Dritten, der dazu gekommen, wieder abgetrieben worden, welchenfalls doch die gewöhnliche Strafe ſtatt hat, weil es ſchon hinreichend iſt, daß der Eigenthümer ſeine Sache auf diebiſche Weiſe verlohren hat, nach Carpzovs Meynung in praxi Crim. p. 2. Quaeſt. 80. n. 58. Woraus ſich ſogleich der Unterſchied inter *furtum Vſus* et *furtum rerum* ergiebt. Man kann einem nicht nur Animo lucrifaciendi ſeine Sache ſelbſt vorenthalten, ſondern man kann ihm auch den Gebrauch ſeiner Sache aus Gewinnſucht entziehen. Beydes iſt nicht erlaubt, und iſt gleich viel, ob ich mir eines Andern Sache zueigne, oder ob ich mir eines Andern Sache Nutzen und Gebrauch zueigne wider ſein Wiſſen und Willen. Das erſte heißt furtum *rerum*. Das andere heißt furtum *uſus*. Z. B wenn einer wohl weiß, daß ihm der Andere den Gebrauch ſeiner Sache nicht verſtatten wird, demungeachtet aber gebraucht er ſie, z. B. es nimmt Einer dem Andern ſein Pferd weg, und gebraucht es nach ſeinem Belieben, thut eine Reiſe da und dorthin damit, alles aber wider Wiſſen und Willen des Herrn, ob er gleich nicht geſinnet iſt, den Andern um ſein Pferd zu bringen, ſo heißt ſolches furtum *uſus*. Eine Haupteintheilung des Diebſtahls iſt in furtum *qualificatum*, gewaltſamer Diebſtahl, und *ſimplex*. Jenes iſt der Diebſtahl, der durch Einbruch oder Einſteigen, oder mit Gewehr geſchieht. Dadurch wird ein Diebſtahl gefährlich. Ohne Einſteigen, Ein-

brechen oder Gewehr bleibt der Diebstahl ein furtum simplex. Dieses theilt sich wieder in *magnum* und *parvum*, nachdem der wahre Werth des Gestohlnen fünf Dukaten ausmacht oder nicht. Das parvum ist wieder *primum*, oder *reiteratum*, d. i. ein wiederholter Diebstahl.

§. 4.

Die Strafe des Diebstahls ist, wie Struv, allein gar zu allgemein sagt, der Strang, nach der peinlichen Halsgerichtsordnung. Denn die Lehre von Verbrechen muß man vielmehr nach der peinlichen Halsgerichtsordnung, als nach dem Jure Romano abhandeln, indem durch jene eine große Veränderung vorgegangen ist. Z. B. Furtum und Rapina waren nach dem Jure Romano Delicta privata, nach der Carolina aber sind es Delicta publica, da Strangulatio poena publica ist. Die Strafen müssen also auch abweichen. Die Strafe des Diebstahls bey den Römern war nicht so groß, als wie bey uns, und bey unsern Vorfahren war sie nach der Verschiedenheit der Zeiten, nachdem die Zeiten gefährlich waren, verschieden. Nach der peinlichen Halsgerichtsordnung muß der, welcher dem Andern über 5 Solidos, das ist über 5 Dukaten Werth stiehlt, hangen, und ein solches Furtum, das sich über 5 Dukaten beläuft, heißt furtum *magnum*. Mithin heissen alle Furta, die sich nicht über 5 Dukaten belaufen, furta *parva*, modica, ein geringer Diebstahl. Und zwar kann man auch Weibsleute aufhängen mit Hosen oder zugenähten Röcken. Die Juden, wo sie geduldet werden, sind Unterthanen, und man hängt sie also am Halse, nicht an den Beinen, sondern wie die Christen, obgleich jenes verschiedentlich geschehen, als wie bey der Nickel Listischen Diebsbande ein Jude jedoch wegen Gotteslästerung zu Zelle so gehangen worden ist. Er wurde erstlich am Hals gehenket, weil er aber Gott lästerte, wurde er herabgenommen, ihm die Zunge ausgeschnitten und nebst einem Hunde an den Beinen wieder aufgehenket. Es ist freylich nach dem Naturrecht viel Streit darüber, wann man einen Diebstahl pro magno oder pro parvo halten solle, denn nach dem Jure naturae soll man keinen Dieb, als propter furtum magnum, in so großen Schaden, nämlich um sein Leben bringen. Damit man nun aber gewiß wäre, und der Richter nicht viel darüber zu zweifeln brauchte, ist eingeführt worden, daß ein Diebstahl, der über 5 Solidos sich beläuft, pro furto magno gehalten werden solle, die Observanz hat solches von 5 Dukaten ausgelegt. Weil nun hier die Lebensstrafe wegen der Größe des Schadens gesetzt ist, dieselbe aber per restitutionem rerum furtivarum abnimmt, so kann selbige erst alsdann, wenn der Diebstahl über 5 Solidos oder Dukaten sich belauft, statt haben, wenn nicht das meiste, wo nicht alles restituirt worden ist, und das

Ab-

Abgehende die Summe von 5 Dukaten noch überſteigt. Und hat dann der Staupenſchlag nach dem Zeugnis Carpzovs in praxi Crim. ſtatt. Ein gleiches gilt in dem Falle, wenn der Dieb mit dem Herrn ſich vergleicht, Argum. Art. 161 Conſtit. Crim. ibi, wie ſchädlich der Diebſtahl dem Beſchädigten ſeyn mag. Da möchte man aber ſagen, was iſt denn für ein Verhältnis zwiſchen 5 Dukaten und dem menſchlichen Leben? Allein man muß das menſchliche Leben und die 5 Dukaten nicht miteinander, ſondern die Gefahr, die dem gemeinen Weſen von einem ſolchen Menſchen bevorſteht, der ſich kein Gewiſſen macht, den Andern um das Seinige zu bringen, in Vergleichung ſetzen, denn es kann kein Staat ohne Vermögen beſtehen. Wollte man aber den Diebſtahl dulden, und nicht hart, ja ſelbſt am Leben beſtrafen, oder diejenigen leben laſſen, die dergleichen Furta magna begehen, ſo wäre niemand des Seinigen ſicher, und alſo in Anſehung der Gefahr, die dem Staate von ſolchen Leuten bevorſteht, kann man die Strafe des Strangs aufs Furtum nicht für unbillig halten. Allein manchmal iſt ein Furtum parvum, es iſt aber ſehr gefährlich, oder wohl gar gewaltſam geweſen, ſo kann man der Violenz und blos der Gefahr halber einen aufhenken, z. B. wenn einer auch unter 5 Dukaten ſollte geſtohlen haben, er hat aber dabey Gewehr gehabt, als er den Diebſtahl verübt hat, ſo heißt das ein Furtum qualificatum periculoſum, und bey einem ſolchen Diebſtahl wird auf quantitatem ſeu magnitudinem rei furtivae nicht, ſondern blos auf die Gefahr geſehen, daß nämlich bey einem ſolchen Furto ſogar Todtſchlag hätte verübt werden können, und nicht nur einer, ſondern viele, wenn nämlich einen ſolchen Dieb jemand erwiſcht hätte, und man ſich ſeiner hätte bemächtigen wollen, hätten umkommen können. Desgleichen ſieht man auch nicht bey einem Furto trina Vice reiterato darauf. Es erfordern einige noch gar, daß wenn einer gehenkt werden ſoll, daß er zweymal eines Diebſtahls halber beſtraft worden ſey, z. B. daß er etwa ſchon mit Staupenſchlägen belegt oder des Landes verwieſen worden, nachher doch aber noch einmal geſtohlen habe. Ein ſolcher muß einen habitum furandi haben, und wird deswegen von Karl dem V. ein verläumter Dieb genennt. Der läßt alſo das Stehlen nicht, und iſt der allergefährlichſte, dem nichts anders als der Galgen zuzuerkennen iſt, wenn man anders den Staat vor ihm auſſer Gefahr ſetzen will. Extraordinaria poena hat alſo ſtatt, wenn das Furtum nicht magnum, noch periculoſum, noch dreymal wiederholt iſt. In Sachſen kann keiner gehangen werden, wenn es juſt 5 Dukaten ausmacht, er bekommt ſonſt nur den Staupbeſen. Iſt nur ein Groſchen darüber, ſo geht es an. Beym Furto tertia vice commiſſo ſchränken es einige dahin ein, wenn der Werth aller geſtohlnen Sachen zuſammen den Werth von 5 Dukaten überſteige, wovon zwar in

Art. 162 Carolin. nichts enthalten, allein Stryck in uſ. Mod. hält dieſe Meynung für die gemeinere. Obwohl der Strang die ordentliche Strafe iſt, ſo iſt doch überhaupt zu bemerken, daß man bey allen Verbrechen auch Milderungsgründe habe, d. i um der beſondern Umſtände willen manchmal die ordentliche Strafe gelindert werden könne. So kann poena ſuſpendii in poenam fuſtigationis, relegationis, pecuniariam und dergleichen gemildert werden. Und darauf muß man inſonderheit auch ſehen, was nämlich für eine Strafe bey einem jeden Delicto einem auferlegt werden könne, wenn es auf die Folter ankommt. Denn wenn einem keine Leibesſtrafe, wenigſtens Fuſtigatio zuerkannt werden kann, kann man ihn nicht auf die Tortur bringen. In Furto magno wird allezeit das Leben geſchenkt, wenn das Ablatum wieder gegeben werden kann, nicht aber in Furto periculoſo. Und iſt inſonderheit im Brandenburgiſchen verordnet, daß wenn etliche ſich zuſammengerottet haben, um zu ſtehlen, ſelbige ohne weiters gehangen, und das Furtum tanquam periculoſum angeſehen werden ſolle. Nun haben wir auch mitigantia poenae ordinariae zu betrachten, wobey Struv in Diſſert. de Furibus a poena laquei immunibus nützlich zu gebrauchen iſt.

§. 5.

Es giebt alles ein Mitigans poenae ordinariae Furti ab, was den Dolum oder den zugefügten Schaden mindert. Nun aber iſt kein Dolus in den Fällen vorhanden, wenigſtens nur ein geringer Dolus, wenn ein Diebſtahl zwiſchen Eltern und Kindern begangen worden iſt. Denn da meynen einige, die Güter wären ohnehin ſchon gleichſam eigenthümlich ihnen, und griffen ſie alſo nicht nach fremdem Gute, wie es auch in Jure heißt, quod Liberi vivis parentibus ſint quaſi Domini rerum oder daß die Kinder ein Miteigenthum bey Lebzeiten der Eltern haben. Wie es aber heißt, Cauſa fatua excuſire a Dolo, oder wenn einer auch nur eine närriſche Urſache hat, um derentwillen er etwas thut, alſo muß auch eine ſolche Cauſa fatua, die zwiſchen Geſchwiſtern und Eltern, und zwiſchen Ehegatten ſtatt findet, a Dolo entſchuldigen, wenigſtens Dolum vermindern, und alſo ein Mitigans poenae ordinariae abgeben. Deswegen hat man auch das Verbrechen, wodurch Ehegatten einander das Ihrige abnehmen, nicht mit dem Namen des Diebſtahls belegt, ſondern man hat es amotionem rerum genannt, woher Actio rerum amotarum entſtanden iſt. Es verhält ſich dieſes eben ſo zwiſchen Anverwandten. Man meynt manchmal, Anverwandte ſollten es einem nicht ſo übel nehmen. Sie wären ja ſelbſt dabey intereſſirt, daß man ihnen nicht zur Schmach oder Schande leben ſolle, wenn man nach dem Ihrigen greift. Es iſt freylich

nicht

nicht recht, aber es ist doch die Bosheit nicht so groß, als wie in andern Fällen, wenn man Fremden, die man von Haut und Haar nichts angeht, das Ihrige wegnimmt. Das Alter kann auch Dolum mindern. Das ist denn in der Carolina sub Tit. von jungen Dieben bestimmt. Wenn eine Person noch unter 14 Jahren ist, wird sie ohne Rücksicht aufs Geschlecht noch nicht für der Bosheit fähig erachtet, wenigstens wenn auch malitia Defectum aetatis suppliren sollte, ist der Dolus doch nicht so groß, als wie bey Leuten, die schon gesetzten Verstandes sind, und also genugsame Ueberlegung gebrauchen können. Damit nun wieder etwas gewisses gesetzt wäre, wornach der Richter in den vorkommenden Fällen sich achten könnte, hat man alle, die über 14 Jahre hinaus sind, pro Doli capacibus gehalten. Jedoch aber auch bey Minoribus pflegt man in Delictis zu mildern, und selbst aetatem minorennem noch pro Mitigante poenae ordinariae auszugeben, obgleich Struv sagt, daß es von Minoribus nicht zu verstehen sey. Es ist heut zu Tage etwas Bekanntes und der Observanz gemäß, daß man auch wegen des minderjährigen Alters die ordentliche Strafe nachläßt, und also dieselbe mildert. Es ist dieses billig, denn Minores haben doch auch noch ein Judicium admodum infirmum, ob sie zwar schon den Rechten nach ein Judicium perfectum haben, denn es ist doch noch schwach, und es verhält sich, wie bey dem Körper. Der Körper kann alle seine Glieder haben, unterdessen sind sie doch alle noch sehr schwächlich und zart. Also auch, wenn gleich die Seele alle ihre Kräfte ausüben kann, so ist es doch noch schwaches Werk, und ist eine solche Person vieler Uebereilung, vielen Captionibus und Insidiis, wie der Imperator sagt, unterworfen, um derentwillen sie allerdings einiges Nachsehen und also Mitigationem poenae ordinariae verdienet. Gleichergestalt ist auch der boshafte Vorsatz nicht so groß bey dem, der gefundene Sachen verhehlt hat, als wie bey andern. Denn da denkt mancher, daß ihm Gott ein Glück beschert hätte, wenn er etwas findet, und es um deswillen verhehlt, in der Meynung, es hätte nichts zu sagen, man werde ja so den Herrn nicht ausfindig machen können. Unterdessen wenn es herauskömmt, so wird er zwar auch als ein Dieb angesehen, aber nicht mit der ordentlichen Strafe des Strangs belegt, sondern da findet eine ausserordentliche Strafe nach Befinden der Umstände, auch manchmal nur eine Gefängnisstrafe statt. Bey dem Diebstahl selbst, wenn er von einem aus Vorsatz verübt wird, können aber auch andere nur durch Rath oder Hülfe Antheil nehmen. Wo sie nichts davon bekommen, mildert es auch poenam ordinariam. Wenn einer z. B. nur Wache gestanden, jedoch nicht mit davon participirt hat, ist es keine so große Bosheit, als wie wenn er selbst mit Hand angelegt hätte. Oder wenn einer nur die Stri-

cke und Leiter hergegeben, und nicht selbst mit davon participirt, so ist sein Dolus so groß nicht, als wie in dem andern Falle, wenn er die Leiter hinaufgestiegen, und alles weggenommen und für sich behalten hat. Wenn sie aber über 5 Dukaten participirt haben, und können sie nicht wieder erstatten, werden sie gehangen. Ebenermassen verhält es sich bey denen, welche Diebe aufnehmen oder beherbergen. Wenn diese nicht mit vom Diebstahle participiren, sondern es nur geschehen lassen, (wenn sie es auch wissen), um etwa Geld zu lösen ihrer Wirthschaft halber, daß sie bey ihnen über Nacht verbleiben, da ist die Bosheit auch nicht so groß, als wenn sie davon participirt haben, denn es ist gleich viel, wenn einer vom Furto participirt, ob er selbst mit Hand angelegt, oder ob er nur dazu gerathen oder sonst geholfen hat. Er nimmt Antheil das einemal so wie das andremal. Genug, daß er sich mit des Andern Schaden zu bereichern sucht. Nicht weniger ist keine so große Bosheit bey denen, welche wissentlich gestohlne Sachen kaufen, als bey jenen, die die Sache selbst stehlen. Sie handeln zwar auch nicht recht, daß sie wissentlich gestohlne Sachen an sich kaufen, und geben Gelegenheit zum Diebstahl. Denn wie es überhaupt heißt: Wäre kein Hehler, so wäre kein Stehler, so kann man es auch auf dergleichen Personen anwenden. Wenn nicht Leute wären, die dergleichen Sachen wieder vertrödelten, würde sich auch keiner zu stehlen gelüsten lassen. Denn manchmal nützen einem Sachen nichts, wenn er sie nicht ausbringen kann. Unterdessen wird doch hier der Dolus nicht für so groß, als wie bey denen angesehen, welche sich selbst nicht scheuen, andern Sachen wegzunehmen. In der That aber sind die Hehler ärger, als die Stehler. Wenn sie es nicht kauften, wäre kein Dieb. Man sollte sie henken, sie werden aber nur nach richterlichem Ermessen gestraft. Deswegen giebt das wieder ein Mitigans Poenae ordinariae ab. Ein andres ist es, wenn sie wieder davon participiren, z. B. wenn sie nicht nur sagen: wir wollen die gestohlnen Sachen verkaufen, sondern ihr sollt uns auch unsern Antheil daran lassen, dafür, daß wir sie verkaufen, da participiren sie de Furto, und sind für Diebe zu halten mit denen, die die Sache weggenommen haben. Denn sie haben die nämliche schändliche Absicht mit ihnen. Und so ist auch ein Mitigans poenae vorhanden, wo nämlich der Dolus nicht so groß ist bey denen, die aus offenem Wasser Fische stehlen. Sie meynen, das seyen Res nullius, die dem Erwerber zufallen. Eine solche Meynung, wenn sie auch nicht gegründet, ja wenn sie auch närrisch ist, entschuldigt doch a Dolo Der sie aber stiehlt aus Weihern oder herrschaftlichen Teichen, kann gehenkt werden. Wenn einer Stomme Holz aus dem Walde stiehlt, hat der Strang selten statt, weil man selten dahinter kommt, ob es mehr als 5 Dukaten ausmacht, sonst aber kann man eben so-

ſowohl einen henken, wenn man die Summe weiß. Eben ſo, wenn man die Leichname der Begrabenen oder Hingerichteten ſpoliirt, ſo iſt der Dolus auch nicht ſo groß, da kann mancher meynen, es iſt beſſer, daß man die Sache noch nützt, als ſie im Boden, z. B. im Grabe zu Grunde gehen läßt. Es iſt doch aber auch wieder nicht recht, und deswegen werden dergleichen Leute doch beſtraft, aber extraordinaria poena Wenn einer einen eines Diebſtahls halber anklagt, und es zur Strafe kommen ſoll, muß er ſchwören, wie viel ihm geſtohlen worden, damit man vorerſt de Corpore Delicti gewiß iſt und weiß, wie viel geſtohlen worden iſt. Denn da kann man erſt wiſſen, ob das Furtum groß iſt oder nicht. Will er alſo das nicht beſchwören, und der Dieb will auch nicht bekennen, wie viel er geſtohlen hat, ſo kann man nichts Gewiſſes in Anſehung der Strafe beſtimmen, mithin keine Poenam ordinariam diktiren, ſondern man muß eine Extraordinariam auflegen, etwa Staupenſchläge. Hieher gehöret die Materie von der Hausſuchung (Perſcrutatio domeſtica), wovon Liebhold einen Diſcurſum Juridicum ans Licht geſtellt hat. Dann hat man noch die Diſtinctionem inter Furtum nocturnum et diurnum zu bemerken. Bey jenem, der zu Nacht verübt wird, darf man den Dieb umbringen, wenn man ſeiner ohne Lebensgefahr nicht ſchonen kann, deswegen dabey geſchrien werden muß, ſonſt hat extraordinaria poena ſtatt. Denn man kann ja nicht wiſſen, ob er animo furandi oder occidendi kommt. Es gieng einſt einer um Mitternacht zu Bette, hörte, daß einer die Leiter anſtellte, ſuchte deswegen eine Axt, verſteckte ſich, bis der Dieb das Fenſter aufmachte, da ihm dann der Hausherr den Kopf abhieb. Die Facultät zu Frankfurt erkannte ihm den Staupbeſen zu, weil er kein Geſchrey gemacht. Beym Diurno iſt den Dieb umzubringen nicht erlaubt, auſſer er wehre ſich mit Gewehr. Es muß aber auch wieder Geſchrey hinzukommen. Denn vielleicht hätte der Dieb abgetrieben werden können.

§. 6.

Die erſte Klage, welche aus dem Diebſtahle entſteht, iſt Rei Vindicatio. Denn durch den Diebſtahl kommt man nicht um ſein Eigenthum, daraus aber entſteht Rei Vindicatio. Daher kann auch der Eigenthümer der geſtohlnen Sache dieſelbe wieder zurückfordern. Rei Vindicatio aber ſetzt eine noch vorhandene Sache voraus, daher kann auch Rei Vindicatione erſt alsdann der Herr das Geſtohlene wieder zurücknehmen, wenn es noch vorhanden iſt. Wenn es aber auch nicht mehr vorhanden iſt, muß er doch ſeines Schadens wieder hereinkommen, und alſo findet in dieſem Falle eine Klage auf Erſetzung des Werths ſtatt, welche *Condictio furtiva* heißt. Die iſt eben auf den

Fall,

Fall, da Rei Vindicatio wegen nicht mehr vorhandener Sache nicht statt hat, eingeführt worden. Das ist dann Actio Rei *persecutoria*, die daher auch auf die Erben des Diebs geht, ohne Unterschied, ob diese etwas bekommen haben, oder nicht.

§. 7.

Nun fragt sich, ob auch dann, wenn ein Dieb gehenkt worden ist, doch noch die gestohlnen Sachen von seinen Erben abgefordert, oder selbige auf die Ersetzung belangt werden können? A. Ja, ob es gleich Carpzov widersprochen hat. Ludovici hingegen in einer besondern Dissertation hat das Gegentheil ausgeführt. Denn durch den Strang erhält nur der Staat Genugthuung. Der Beschädigte aber hat dadurch noch keine Schadensersetzung. Ist also die gestohlne Sache noch vorhanden, so kann sie von den Erben abgefordert werden. Ist sie nicht mehr vorhanden, so kann auch der Dominus Rei furtivae ad aestimationem klagen, denn nicht immer sind die Diebe arm, daß sie nicht etwas verließen, und aus ihrer Verlassenschaft der zugefügte Schaden nicht ersetzt werden könnte. Um noch vielmehr aber wäre es unbillig, wenn er nicht einmal seine Sache, die noch vorhanden ist, sollte zurückfordern können. Weil demnach dadurch, daß das Interesse publicum wieder hergestellt worden, das Interesse privatum laesum noch nicht hergestellt wird, so ist nach dem römischen Rechte klar, daß des hingerichteten Diebs Erben belangt werden können. Allein nach dem alten teutschen Rechte heißt es: Der Dieb bezahlet mit dem Stricke den Kläger und büsset den Richter, welches auch noch in Sachsen beybehalten ist. Sonst ist noch hiebey wohl zu gebrauchen Richters Dissert. de Furtis.

§. 8.

Injuria heißt überhaupt alles, was ohne Befugnis geschieht, wenn es auch gleich einem Andern nicht zur Beschimpfung gereichen sollte. Fenster einschmeissen, Hunde todt schießen, heißt Injuria. Eigentlich aber heißt Injuria ein Verbrechen, da zu des Andern Schimpf etwas unternommen wird. Schimpf, Schande, Schmach und Spott kann nun begangen werden mit Worten oder in der That. Mit Worten entweder mündlich oder schriftlich, woher die Distinctiones Injuriae kommen. Wenn die Injurie mit Worten ausgestossen wird, heißt sie injuria *verbalis*, wenn sie mündlich ausgestossen wird, heißt sie *Convicium*, wird sie aber schriftlich ausgestossen, so heißt sie Injuria scripta, *Libellus famosus*. Wenn hingegen die Injurie durch Thätlichkeiten verübet wird, so heißt sie *realis*. Diese Thätlichkeiten sind auch

wieder

wieder verſchieden, und nach Befinden der Umſtände machen beyde, nämlich ſowohl die Worte als Thaten, die Injurie einmal größer, als das anderemal, nach den Umſtänden der Zeit, des Orts, der Qualität der Perſonen. So iſt eine Injurie, die an einer Magiſtratsperſon verübt worden, viel größer, als eine, die an Eltern verübt worden iſt. Das heiſſen denn Injuriae *atroces*, welche durch die Umſtände größer werden, als ſie ſonſt insgemein ſind. So iſt eine Injurie, die in der Kirche ausgeſtoſſen worden, wenn man z. B. einen in der Kirche einen Hundsfott geheiſſen, oder ihm eine Maulſchelle gegeben, eine Injuria atrox. Dieſe wird durch die Umſtände des Orts größer, als ſie ſonſt iſt, wenn ſie auſſer der Kirche verübt worden. Ein Maler malte mit Waſſerfarben einem Schneider 2 Scheeren auf ſeinen Schild, als dieſes der Regen abgewaſchen hatte, ſo waren 2 Ziegenböcke mit Oelfarbe darunter gemalt, dieſes war Injuria realis.

§. 9.

Nun beſteht die Injurie in der Abſicht (in animo), oder in Beurtheilung der Injurie, ob nämlich eine vorhanden iſt oder nicht, man hat auf die Abſicht deſſen zu ſehen, dem ſie beygemeſſen wird, denn ſie ſoll ein Verbrechen ſeyn. Es heißt aber: die Abſicht unterſcheidet die Verbrechen. Sie ſoll ein verum Delictum ſeyn, mithin wird auch eine Intentio injuriandi, oder eine Abſicht, zu des Andern Schimpf etwas zu reden, ſchreiben oder ſonſt zu thun, erfordert. Dieſer Animus injuriandi macht eben, daß man zum öftern Injurias, und ganze, ja die verdrießlichſten Injurienproceſſe von ſich ablehnen kann. Es iſt nichts verdrießlichers, als ein Injurienproceß. Man kann aber denſelben bald endigen, wenn die Ausdrücke nicht in ſich ſchimpflich, ſondern zweydeutig ſind, da kann man noch eine Ehrenerklärung thun. Wo aber die Worte klar ſind, da bedürfen ſie keiner Erklärung, die heiſſen per ſe injurioſa. Wenn man einen einen Hundsfott heißt, ſo darf man ſich weiter nicht darüber erklären, das iſt ein für ſich ſchimpflicher Ausdruck, woraus ſogleich animus injuriandi erhellet, wo nicht andere Umſtände ſich ergeben, daß es etwa aus Scherz oder Bekanntſchaft, wie manchmal unter den Studenten, geſchehen iſt, da es Einer dem Andern nicht ſogleich übel aufnimmt, die auch einander Narren oder Flegel heiſſen können, weil es ſo die Brüderſchaft mit ſich bringt. Solchemnach ergiebt ſich aus den Umſtänden, ob ein Animus injuriandi vorhanden geweſen oder nicht. Einem eine Maulſchelle geben, iſt eine für ſich ſchimpfliche Handlung, und wo die Umſtände es nicht wieder ergeben, daß es etwa aus Scherz geſchehen ſey, ſo wird ſogleich daraus animus injuriandi vermuthet. Sonſt wo der Animus injuriandi ſich nicht aus ſchimpf-

lichen Worten oder Handlungen schließen läßt, muß er erwiesen werden, und ist die Vermuthung gegen ihn, cum omnis praesumtio delicti sit exclusiva, durch den Animum injuriandi aber die Verba und Facta Delicta werden. Ein Herr läßt sich nach Hause leuchten, trift einen vor seiner Thüre an, meynt, es wäre sein Bedienter, giebt ihm eine Maulschelle, dieses geht wegen fehlender Absicht zu beschimpfen hin. Lauert er aber auf den Titius, und geräth ihm ein Anderer in die Hände, so ist es eine Injuria realis, ob er zwar nicht in Dolo, doch in einem unerlaubten Verfahren begriffen ist. Nicht aber immer wird ad Injuriam ein Factum commissivum erfordert, sondern man kann auch einen durch Unterlassung injuriren, welches einige Doctores in Zweifel gezogen und gemeynt haben, man könne keinen Fall geben, da einer durch blose Unterlassung injurirt werden könnte. Allein der Fall ist ja ganz begreiflich und häufig, wenn man den andern dadurch injurirt, daß man den Hut nicht vor ihm abzieht. Man kann einen in der That dadurch injuriren, wenn man es thut, ihn zu beschimpfen, öffentlich, zu seiner Schande. Das ist ja ein Factum omissivum, wenn ich den Hut vor einem nicht abnehme, und ihm die gewöhnliche Ehrerbietung nicht bezeige. Ohne daß hier ein Factum commissivum concurrirt, wird dadurch die Injurie angethan, worüber auf Universitäten die meisten Händel entstehen, oder wovon sie anfangen. Eben so wird einem eine Injurie zugemessen, wenn er auch gleich sich auf die Wahrheit beruft, daß nämlich wahr sey, was er von dem Andern sagt. Der ist deswegen noch nicht ohne Absicht, zu beschimpfen. Man kann auch einen durch die Wahrheit schimpfen, und animum contemnendi bezeigen. Wenn einer eine Weibsperson eine Hure heißt, und sie belangt ihn Actione Injuriarum, so ist nicht genug, daß er sagt, er wolle es beweisen, daß sie eine Hure sey, genug, daß er Animum injuriandi gehabt, und sie eine Hure genannt hat, zur Beschimpfung, um eine Verachtung gegen sie zu bezeigen. Dieser Animus macht die Injurie aus. Doch mildert die Wahrheit der vorgeworfenen Schandthat die Strafe, und in soferne hat die Einrede der Wahrheit allerdings Platz. Hopp hat de Veritate Convitii geschrieben. Simon in Dissert. de Actione Injuriarum sacerdotem concernente. Vielweniger kann einem Injurianten zu statten kommen, daß er die von einem Andern ausgestossene Injurie ausgebreitet hat. Denn wer die Injurie, die der Andere ausgestossen hat, ausbreitet, muß auch animum injuriandi haben, er thut etwas, wovon er doch weiß, daß es dem andern zum Schimpfe gereiche, und es doch nicht unterläßt. Daher ist der Propalator, wenn er auch gleich seinen Auctorem stellen will, ebenfalls Reus Injuriarum. Was einen von der Absicht zu beschimpfen lossricht, das hebt eine Injurie auf. Es entschuldiget aber einen ab animo injuriandi

die

die Vertheidigung, alſo fällt hier auch Injuria weg. Z. B. es will Mevius gegen mich zeugen, ich ſage, das wäre keine Perſon, die gegen mich zeugen könnte, und deſſen Zeugnis ich brauchte gegen mich gelten zu laſſen, er ſey infam, weil er z B. Ehebruch begangen, geſtohlen, gemordet, geraubet habe u. ſ. w., da kann er mich deswegen nicht Actione Injuriarum belangen, denn alles, was ich hier geredet und ihm Schuld gegeben habe, das rede ich ihm nicht zum Schimpfe nach, ſondern meiner Defenſion halber, die mir nicht verſagt werden kann, und heißt es da: qui Jure ſuo utitur, nemini facit injuriam, hier fällt die Abſicht weg. Freylich aber iſt ſicherer, wenn man eine Proteſtation mit hinzu thut, daß man es nämlich nicht ſage animo injuriandi, ſondern ſeſe defendendi, damit es deſtoweniger Zweifel habe, daß man den Andern nicht injuriren, ſondern ſich blos dadurch vertheidigen wolle, daß einem des Andern ſeine Ausſage nicht an der Ehre nachtheilig ſeyn möge. Es giebt auch Facta, welche nur bisweilen (per accidens) injurioſa, nicht aber für ſich und ihrer Natur nach ſind. Ein Richter kann einen beym Kopfe nehmen und einſperren laſſen, er kann dieſes von Amtswegen thun, er kann es aber auch bloß darum thun, um einem einen Schimpf anzuhängen. Das iſt demnach ein Factum nur per accidens injurioſum. Thut er es mit Recht, wenn er einen einſperren läßt, ſo kann ihm deswegen keine Injuria Schuld gegeben werden, wenn gleich der Andere einen Schimpf davon hat. Hat er es hingegen nicht Jure gethan, und man kann erweiſen, daß er es aus Partheylichkeit gethan, um ſich wegen eines ehemaligen Schimpfs zu rächen, ſo kann er ihn Actione Injuriarum belangen. Da muß er Animum injuriandi erweiſen, weil das Factum nicht per ſe injurioſum iſt, und im Zweifel vermuthet wird, daß kein Verbrechen begangen worden iſt. Stryck de Facto Judicis de Facto hat weitläuftiger hievon gehandelt. Wo Verba und Facta injurioſa vorkommen, die nicht per ſe, ſondern per accidens talia ſind, kann auch manchmal der Reinigungseid zuerkannt werden. Denn es kann manchmal gegen einen Animus injuriandi nicht völlig erwieſen werden. Unterdeſſen iſt doch ein großer Verdacht gegen ihn vorhanden, und hat der Kläger nicht einmal zur Hälfte, z. B. durch einen nicht verdächtigen Zeugen, gegen ihn Animum injuriandi erwieſen, z. B. daß der Richter gegen Zeugen ſich hat verlauten laſſen, wenn er an ihn kommen könne, ſo wolle er es ihm ſchon eintränken. Des Verdachts halber kann ein ſolcher Richter nicht losgeſprochen, hingegen auch nicht verurtheilt werden, da der Animus injuriandi nicht plene gegen ihn erwieſen iſt. Solchemnach iſt weiter nichts übrig, als daß er ſich von dieſem Verdachte reinige, weil doch manche ſich ein Gewiſſen machen zu ſchwören, und auch ſelbſt die Kläger manchmal es nicht auf einen Eid wollen ankommen laſſen. Man vermuthet zwar ſonſt das

Beste, aber hier nicht, sondern bey unerlaubten Handlungen wird Dolus vermuthet. Man kann keinem ins Herze sehen, wenn er ein Factum gethan, wie er es gemeynt habe. Hahnrey nennen, ist eine Injurie. Es giebt aber auch ein Kartenspiel, da man die Verspieler so nennt. Des Morgens sagt einer: Guten Tag, Herr Hahnrey. Dieser beschwert sich, will klagen. Da kann jener sagen: wir sind gute Freunde. Es ist Scherz, ich will den Reinigungseid abschwören. Eben deswegen findet auch mehrmalen Ehrenerklärung statt, und wird noch vor dem Reinigungseid gebraucht. Von dieser Declaratione honoris aber ist Abbitte (Deprecatio) und Wiederruf (Recantatio) verschieden, denn Deprecatio und Recantatio machen einen unehrlich, Declaratio honoris aber oder Ehrenerklärung nicht, denn dadurch gesteht man die Injurie nicht, sondern man reinigt sich davon, daß man nicht die Absicht gehabt habe, den Andern zu beschimpfen. Sonst ist richtig, daß man auch einen mittelbar, mediate, beschimpfen kann, wenn der Animus injuriandi dabey klar zu Tage liegt. Ein Kaufmann schicket seinen Diener zum Schuldner, um ihn anzufordern, dieser giebt ihm ein paar Maulschellen und sagt: die bringe deinem Herrn wieder. Hier ist der Schimpf offenbar.

§. 10.

Von den Klagen, welche aus Injurien entstehen, ist so viel zu bemerken. Nach dem Lege XII Tabularum war Poena Talionis auf Injurias reales gesetzt. Wenn einer z. B. dem Andern ein Bein oder einen Arm entzweygeschlagen hatte, wurde ihm wieder ein Bein oder Arm entzweygeschlagen. Diese Strafe war höchst ungereimt. Denn es war kein Unterschied in Ansehung der Personen dabey, und konnte auch in Ansehung der Zeit und Orte kein Unterschied beobachtet werden. Wenn einer z. B. einem Burgermeister ein Bein entzweygeschlagen hatte, so wurde es ihm wieder entzweygeschlagen, hatte er aber auch einem schlechten Kerl ein Bein entzweygeschlagen, so war kein Unterschied, und doch war die Injurie verschieden. Daher war die Strafe mit dem Verbrechen in keinem Verhältnis, und hat deswegen Cornelius Sylla eine andere Strafe eingeführt, und verordnet, daß man wegen thätlicher Beschimpfungen auf Bestrafung sollte klagen können. Was Injurias verbales anbetrift, war ehemals eine Geldstrafe darauf gesetzt, nämlich 25 Asses. Das war aber auch wieder eine nicht verhältnismäßige Strafe. Denn sie war eben so wenig nach Verhältnis der Verbrechen eingerichtet. Es geschah auch manchmal, daß einer Geld zu sich nahm, und wenn er die Leute injuriren wollte, gab er ihnen Maulschellen, und behandelte sie aufs schimpflichste, ließ aber den Kerl hinter sich hergehen, und sie bezahlen, wenn es gleich die vornehmsten

ſten Leute waren. Das war Lucius Feratius, welcher allen, ſo er antraf, Maulſchellen gab, dafür reichte er ihnen ſeine 25 Aſſes, damit mußten ſie zufrieden ſeyn. Deswegen hat der Prätor Actionem aeſtimatoriam eingeführt, damit ein jeder Injuriatus höher klagen, und die Injurie nach ſeinem Stande und übrigen Umſtänden ſollte ſchätzen können. Solchergeſtalt iſt wegen der Injurien ein gedoppeltes Rechtsmittel entſtanden. Denn man hat propter injurias ex Edicto Praetoris ad aeſtimationem, vel ex Lege Cornelia propter injurias reales criminaliter klagen können. Und wenn einer geſtoſſen oder geſchlagen worden, ſo kann er 30, ex Edicto Praetoris aber nur Ein Jahr lang klagen.

§. 11.

Man kann wegen Injurien nicht nur vel *civiliter*, vel *criminaliter* willkührlich (elective), ſondern auch cumulative, zugleich civiliter und criminaliter klagen. Man kann auf Privatgenugthuung klagen, zugleich aber auch den Richter bitten, dem Staate zur Satisfaktion den Injurianten zu beſtrafen. Ja auch ohne eine ſolche Bitte oder Criminalperſecution einer Injurie kann der Richter ex Officio noch, wenn der Injuriatus ſchon Satisfaktion erhalten hat, eine Strafe, z. B. Verweiſung, und nach Befinden der Umſtände wohl den Staupbeſen zuerkennen. Daher heißt nun Actio Civilis injuriarum diejenige, welche auf eine dem Beſchimpften zuzuſprechende Strafe abzielt. Sie entſteht ex Jure Civili, woher ſie eben Civilis heißt, und heißt Actio *aeſtimatoria*, weil man auf die Schadenserſetzung klagt, und die Beſchimpfung anſchlägt. Es kann aber einer eine Injurie auf 100 Rthlr. ſchätzen, hingegen bekömmt er kaum 25, wenn es der Richter mäßigt. Denn es kann einer auch bey Schätzung der Injurie zu weit gehen, und eine Injurie höher äſtimiren, als er ſollte. Daher muß der Richter entſcheiden, und die Injurie vernünftiger anſchlagen, als es der Injuriatus ſelbſt gethan hat. Sie heißt nicht Aeſtimatoria, als wenn eine Beſchimpfung wirklich geſchätzt werden könnte, ſondern ſie ſoll des Beſchimpfers Muthwillen beſchränken. Denn manchem thut es am wehеſten, wenn er Geld geben muß. Deswegen fordert man mit Fleiß viel. Die Summe wird doch allezeit gemildert. Dabey aber iſt die Frage, was es denn für eine Klage iſt, ob ſie Rei Perſecutoria oder Poenalis iſt? Antw. Sie iſt Poenalis, denn der Andere muß etwas von ſeinem Vermögen weggeben, daß jener wieder etwas dagegen zu bekommen hat, ſo viel nämlich, als ihm in Anſehung der geſchätzten Beſchimpfung zugeſprochen wird, daher iſt es freylich eine Strafe. Aber eben deswegen iſt auch dieſe Actio aeſtimatoria heut zu Tage etwas ſeltenes. Denn wenn z. B. einer eine Maulſchelle bekommen hat,

und sie ästimiren will, so läßt es, als wenn er mit Maulschellen handelte, welches einem eine schlechte Ehre ist. Daher wird in dem Falle heut zu Tage lieber eine Strafe nach Befinden der Umstände zuerkannt, auch wohl gar auf Verweisung, Staupenschläge oder Gefängnis geklagt. Und klagen Vornehme aestimatorie, so vermachen sie es etwa einem Hospital oder Zuchthause, und behalten es nicht für sich. Wobey der Richter nicht in den Tag hinein mäßigen, sondern die Personen und andere Umstände wohl ansehen muß. Ist es übrigens Injuria verbalis gewesen, so kann einer doch noch die dem Anscheine nach verletzte Ehre durch Wiederruf zurück erhalten, welche Klage Actio *ad Palinodiam* heißt, wovon Engelbrecht in Helmstädt und Lauterbach in Tübingen geschrieben in Diss. de Actione Injur. Recantatoria. Dadurch nun wird einer unehrlich, denn da er den Andern um seine Famam hat bringen wollen, wird er selbst darum gebracht, wo ihm nicht wieder Fama vom Richter vorbehalten wird, wenn nämlich etwa Umstände vorhanden sind, die seinen Animum injuriandi mindern, z. B. wenn er etwa die Schimpfworte aus Hitze und Zorn ausgestossen hat, weil er aufgebracht worden ist. Da pflegt der Richter denen, die wegen dieser Klage verurtheilt werden, famam zu reserviren, damit sie nicht z. B. aus der Innung gestossen werden. Es kommt aber nicht zum Wiederruf, ausser die Injurien seyen sehr groß gewesen. An einigen Orten kömmt der Scharfrichter, der Sekretär ließt die Recantation vor, der Scharfrichter bittet ab, und schlägt den Injurianten aufs Maul, und dieser wird hernach des Landes verwiesen.

§. 12.

Was aber Actionem criminalem belanget, so besteht dieselbe darinn, daß man auf eine dem Staate gebührende Strafe klagt, und zwar ist alsdann dieses Verweisung, Staupbesen oder Gefängnis, welche Strafe insonderheit bey Injuriis realibus statt hat, welche atroces sind, z. B. wenn man einen halb krumm und lahm geschlagen hat, so kann man diese Injurie criminaliter verfolgen. Ist es eine Persona honoratior gewesen, und der Injuriant ein Mensch von schlechtem Herkommen, so kann es wohl gar zur Auspeitschung kommen. Wenn es z. B. ein Geistlicher ist, an dem sich ein Bürger auf dergleichen Weise vergreift, so kann es gar wohl so weit kommen. Nun heißt es, daß diese beyde, nämlich Actio aestimatoria und criminalis, nicht mit einander zugleich angestellt werden können, und zwar aus der Ursache, weil Klagen zu gleicher Absicht nicht cumulirt werden können. Diese beyde Klagen aber haben die nämliche Absicht, indem sie beyde auf eine Strafe wegen vergangenen Verbrechens abzielen. Einer aber kann nicht zweymal wegen eines Verbrechens gestraft

ſtraft werden. Entweder kann die Strafe, die einer verdient hat, nur dem Beſchimpften, oder aber nur dem Staate zugeſprochen werden. Eines von beyden. Nicht aber kann er ſo beſtraft werden, daß einmal die Strafe dem Beſchimpften, das anderemal aber zugleich noch dem Staate zufällt.

§. 13.

Wohl aber geht es an, criminaliter und auf Wiederruf zugleich zu klagen. Es kommt hier darauf an, wie man die Wiederrufsklage anzuſehen hat, ob ſie pro Actione poenali oder Rei perſecutoria zu halten iſt. Nun iſt freylich an dem, daß ſie Rei perſecutoria und nicht poenalis iſt, obgleich einige vermeynt haben, ſie wäre poenalis, und zwar um deswillen, weil ja ein Privatus einem ſeine Ehre nicht nehmen, mithin auch durch den Wiederruf nicht geben könnte. Es wäre eine bloße Erdichtung, daß einem Fama dadurch wieder gegeben würde. Allein ob einem zwar durch Recantationem in der That die Ehre nicht wieder reſtituirt werden kann, ſo geſchieht es doch dem äuſſern Scheine nach in Anſehung des Pöbels, der meynt, als wenn einem die Ehre, die ihm benommen worden ſey, durch Wiederruf wieder reſtituirt würde. Um des Pöbels halber aber, daß in ihm die Meynung getilgt wird, welche einem ſonſt ſehr beſchwerlich hätte fallen können, da es heißt: vom Schimpfe bleibt immer etwas hängen, ergreift man Actionem ad Palinodiam, daher iſt ſie allerdings Rei perſecutoriis gleich zu halten. Ich verlange das, was mir gehört, nicht aber eine geſetzmäßige Strafe. Gleichwie das Interdictum, uti poſſidetis, ein Remedium Rei perſecutorium und nicht poenale iſt, alſo verhält es ſich auch hier. Ein Injuriant ſtört einen ehrlichen Mann im Beſitze ſeiner Achtung und Ehre, die ihren ſittlichen Werth hat. Durch Wiederruf aber ſtellt er die geſtörte Ruhe her und wiſcht gleichſam den ihm anklebenden Schandflecken ab. Es geht aber an, daß man Actionem Rei perſecutoriam und criminalem mit einander verbindet, weil ſie verſchiedne Abſichten haben. Dieſer Wiederruf oder Palinodia geſchieht nun dergeſtalt, daß der Injuriant ſich aufs Maul ſchlagen, und hiedurch ſelbſt öffentlich geſtehen muß, daß er gelogen und dem Andern Unrecht gethan hat. Deswegen unterſcheidet man den Wiederruf von der Abbitte, dabey er ſich nicht braucht aufs Maul zu ſchlagen, welches nicht ſo hart iſt, als wenn er ſich aufs Maul ſchlagen muß. Von der Abbitte iſt auch noch die gerichtliche chriſtliche Abbitte zu unterſcheiden, da einem bey der letztern Fama vom Richter reſervirt wird. Denn dieſe thut einer doch noch gleichſam freywillig aus chriſtlicher Liebe, nachdem es ihm leid iſt, daß er etwas dem Andern zur Beſchimpfung geredet hat. Weil demnach dieſe aus der Tugend herkömmt, ſo wird dabey die Fama dem Injurianten vorbehalten. Wenn die

vor-

vorgebrachten Worte zweydeutig sind, daß sie gut und bös ausgelegt werden können, so wird einer zu einer Ehrenerklärung angehalten. Schöpffer de Declaratione Honoris.

§. 14.

Retorsio Injuriarum heißt eine Ablehnung der Injurie, welche darinn besteht, daß man dem Andern selbst beymißt, was er uns zu unserer Beschimpfung beygemessen hat, z. B. wenn Einer den Andern einen Hundsfott heißt, und er heißt ihn darauf wieder einen Hundsfott, so heißt es Retorsio Injuriarum. Durch eine solche Retorsion nun werden die Injurien aufgehoben, denn sie ist eine Art ausser gerichtlicher Vertheidigung. So wie demnach einem die Vertheidigung und sogar Gewalt gleich auf der Stelle erlaubt ist, so ist auch einem Retorsio erlaubt. Doch wird heut zu Tage auch noch nach einiger Zwischenzeit eine schriftliche, durch Notar und Zeugen insinuirte Ablehnung für erlaubt gehalten. Aber freylich ist dabey Maaß zu gebrauchen. Denn im Uebermaaße ist die Retorsio keine Art der Vertheidigung. Z. B. wenn Einer den Andern schimpfet, hingegen der Andre schimpft ihn viel ärger, so ist solches keine Defension, ob zwar gleich die gesetzte Strafe gemildert wird, wenn einer durch den andern auch zu Beschimpfungen sollte gereitzt worden seyn. Aber in so weit nicht in der Retorsion eben dasjenige, was der Injuriant dem Injuriaten vorgeworfen hat, enthalten ist, ist es eine neue Injurie, und daher kann auch diese besonders bestraft werden, jedoch ist der Dolus hier nicht so groß, als wie sonst, wenn einer nicht einmal gereitzt worden, sondern für sich freywillig den Andern injurirt hat. Huber hat gemeynt, daß die Retorsion sich nicht mit der christlichen Liebe reime, denn man suche sich dabey zu rächen. Allein es hindert dieses nichts, denn auch Christus verbietet einem die Defension nicht, und wenn es in der Schrift heißt: man solle lieber Unrecht leiden, als Unrecht thun, so setzt das die heidnische Obrigkeit voraus, die wir heut zu Tage nicht mehr haben. Wenn daher einer auf der Stelle, so bald er injurirt wird, retorquirt, so kann er deswegen nicht gestraft werden. Allein er kann auch den Andern deswegen nicht belangen. Denn die wechselsweisen Beschimpfungen werden gegeneinander aufgehoben. Struv in Tr. de Vindicta privata hat die Retorsion behauptet, dessen Meynung Slevogt in einer Epistel an Pfankuch de Aequitate Retorsionis Injuriarum gegen dessen Tr. de prohibitis verbalium Injuriarum Retorsionibus weiter vertheidigt. Wenn es geschieht, die Ehre zu vertheidigen, weil die Injurienprocesse zu viel kosten, so erhält man seinen Zweck kürzer, und sind sie in so weit auch der Klugheit gemäß. Wenn man sie als ein Mittel sich zu rächen, und nicht blos zu vertheidigen gebraucht, so ist es nur zufälligerweise nicht recht. Eben deswegen sieht

man,

man, daß die Injurien von gleicher Art ſeyn müſſen, wenn ſie ſich gegen einander aufheben ſollen, gleichwie auch überhaupt gleiche Forderungen erfordert werden, wenn ſie einander gänzlich aufheben ſollen. Injuriae Verbales aber und Reales ſind nicht von gleicher Beſchaffenheit, daher können auch Injuriae Verbales nicht compenſirt werden durch Reales, ſondern wenn einer z. B. den andern einen Hundsfott geheiſſen hat, und dieſer darauf gleich geſchmiſſen, ſo kann ſich derjenige, der Injurias reales gebraucht hat, auf keine Retorſion berufen, als wenn nämlich dieſe erlaubt wäre, da hier ſehr ungleiche Beſchimpfungen vorhanden ſind, indem Injuriae Reales viel gröſſer ſind, als die Verbales. Unterdeſſen wird freylich auch hier wieder, obgleich Actio Injuriarum ſtatt findet, die Strafe um deswillen gemildert, weil dem Injurirten Gelegenheit gegeben, und er zu Thätlichkeiten gereitzt worden iſt.

§. 15.

Welches iſt nun die Art und Weiſe, wie Injurienklagen aufhören? Dieſe Klagen gehen auf eine Rache; dieſe aber erlöſcht mit dem Tod. Alſo hört auch Actio Injuriarum durch den Tod ſowohl des Beſchimpften, als des Beſchimpfers, auf. Denn ob man gleich ſich an ihm hätte rächen können, ſo kann man ſich deswegen doch nicht auch an ſeinem Erben rächen, da ſelbiger ja nichts verbrochen hat. Deswegen und inſonderheit, weil die Injurienproceſſe ſo was verhaßtes ſind, hat man ſie durch den Tod der Intereſſenten müſſen aufhören laſſen, ſo wie man auch um eben dieſer Urſache willen, um nämlich die Injurienproceſſe abzulehnen, Retorſionem zugegeben, und lieber zugelaſſen hat, daß ſich einer ſelbſt gleich gegen die Injurias per Retorſionem vertheidige, und nicht erſt zu ſeiner Satisfaction durch den Richter ſich verhelfen zu laſſen brauche. Weil es unterdeſſen doch das zum Grunde hat, daß Actio Injuriarum aus einer Rachgierde entſtehe, ſo wird ſie durch die Einlaſſung auf die Klage erhalten. Denn wenn ſie einmal erhoben und Lis conteſtirt worden, iſt ſodann ein quaſi Contractus celebrirt, mithin der Injuriat ſchuldig, dasjenige, worauf die Actio Injuriarum geht, ex quaſi Contractu zu präſtiren. Auf dasjenige aber, was einer dem andern ex quaſi Contractu ſchuldig iſt, können auch die Erben belangt werden, indem die quaſi Contractus auf die Erben mit gehen, wie die Contractus veri. Allein in ſo weit civiliter geklagt worden iſt, nämlich auf etwas, das zur Strafe der Verſtorbene aus ſeinem Vermögen hat erlegen ſollen, kann ſolches auch ſeinem Erben abgefordert werden, wenn das Vermögen an ihn gekommen iſt. Wäre er aber auf die Auspeitſchung oder Verweiſung belangt worden, ſo wäre die Actio Injuriarum mit ſeinem Tod zu Ende gegangen, da dergleichen Strafen an den

Erben nicht vollzogen werden können. Aber eine Geldstrafe kann vom Erben abgefordert werden. Unterdessen hat Carpzov bereits erinnert, daß eine peinliche Injurienklage nicht einmal nach der Einlassung auf die Klage, sondern erst nach der Verurtheilung gegen die Erben statt habe. Nämlich wenn einer wegen Injurien criminaliter belangt, auch der Krieg Rechtens durch die Beantwortung der Fragstücke bevestigt worden, er aber ante sententiam condemnatoriam verstorben, so ist dadurch auch der ganze peinliche Proceß aufgehoben. Ist er aber, und zwar zu einer Geldstrafe, welche ad Fiscum gezogen werden soll, verurtheilt worden, so kann diese auch von seinen Erben prästirt werden. Welches man um deswillen eingeführt, damit ein Unterschied inter Actionem Injuriarum Civilem et Criminalem seyn möge. Der zweyte Modus ist Praescriptio. Ueberhaupt kann man sagen, es falle Actio Injuriarum weg, wenn die Injurien aufhören. Nun hören aber die Injurien auf, durch Nachlaß oder Verzeihung, (Remissione), wenn der Injuriat sich nicht für geschimpft hält, denn so ist er auch nicht geschimpft, und kann sich auch über keinen Schimpf beschweren, weil es heißt: Damnum sentire non censetur, qui id sua Culpa sentit. Um noch vielmehr also gilt dieses, wenn es einer für keinen Schaden hält. Deswegen wird eben zu einer Injurie erfordert, daß sie sich einer zu Gemüth gezogen habe. Hat sie sich einer nicht zu Gemüth gezogen, so hält er sich nicht für beleidigt. Es erfordert aber eine Injurie eine Beleidigung. Diese Remissio nun kann expresse, tacite und praesumtive geschehen. Expresse, mit Worten, tacite hingegen durch die That, indem der Injuriat sich gegen den Injurianten so bezeigt, als wenn er von ihm nicht beschimpft worden wäre, z. Ex. wenn er freundlich mit ihm umgeht, wofern er es nicht von Amtswegen thun muß, wenn er mit ihm ißt und trinkt, und zwar freywillig. Eine Familiaritas ex honestate schadet dem Injuriato auch nicht. Ein Tertius ladet beyde ein, da sie hinkommen, verdrüßt es beyde, daß sie gekommen sind. Der Wirth sagt: Ihr sollt gute Freunde werden, sie müssen ihre Gesundheit einander zutrinken. Dieser Umgang ist nicht freywillig, sie wollten die Kompagnie nicht stören, mithin schadet es dem Beschimpften nichts. Thut ers aber freywillig, so kann man daraus Remissionem schliessen. Es ist aber gleich viel, ob einer expresse oder tacite dem andern die Injurie nachläßt, in beyden Fällen fällt Beleidigung, mithin Injuria weg, folglich fällt auch Actio Injuriarum dahin. Es giebt aber auch eine remissionem praesumtam, auf welche sich dann Praescriptio Actionis Injuriarum gründet. Wenn einer ein ganzes Jahr lang still dazu schweigt, so wird seine Klage nach einem jährigen Stillschweigen verjährt, wenn es nämlich eine Injuria Verbalis gewesen, und darauf ex Jure Praetorio hätte geklagt werden können.

können. Denn dieſe Klagen dauern nur ein Jahr, gleichwie auch das Officium Praetoris, woher ſie gefloſſen, nur ein Jahr dauerte. Die Klagen hingegen, welche ex Jure Civili entſtehen, ſind perpetuae, oder dauern 30 Jahre. Dahin gehört Lex Cornelia, wie auch Struv ſagt, daß, weil die Actio Legis Corneliae ob injurias reales ſtatt finde, die Actio ob Injurias reales perpetua ſeye, d. i. 30 Jahre lang daure; wo hingegen die Actio aeſtimatoria nur ein Jahr lang dauret, indem ſie ex Dicto Praetoris herrührt. Struv ſagt: Praeſcriptio annalis habe ſowohl in Anſehung der Actionis Civilis, als criminalis ſtatt. Allein ex Jure Praetorio wird niemal criminaliter agirt, und dauren die Actiones criminales 20 Jahre. Dieſe Zeit aber iſt nun davon anzurechnen, wenn einer gewußt, daß er beſchimpft worden iſt. Eher hat er es ſich auch nicht können zu Gemüth ziehen, und alſo eher auch nicht über eine Injurie ſich beſchweren, folglich Actionem Injuriarum erheben können. Ehe aber einer hat klagen können, kann auch keine Praeſcriptio gegen ihn laufen. Struv ſagt: daß auch Diſſimulatione die Injuriae aufhörten, welches ſo viel heiſſen ſoll, als wenn man ſagt, ſie ceſſiren Remiſſione tacita. Denn wer thut, als wenn er nicht beſchimpft worden wäre, von dem ſagt man, quod diſſimulet. Es iſt aber eigentlich keine Diſſimulatio, denn wenn ſich auch gleich jemand einen Schimpf zu Gemüthe gezogen hat, ſo kann er doch nachher nicht klagen, wenn er mit dem Beſchimpfer vertraut umgegangen iſt. Es kann einer ſimuliren, remittirt aber deswegen injuriam nicht. Wenn die Hofleute von einander beſchimpft ſind, können ſie ſich mit einander betrinken, und es ſchadet ihnen doch nicht. Sodann iſt auch dies noch bey Injuriis levioribus, nec atrocioribus, eingeführt, daß, ehe Lis conteſtirt worden, der Injuriant ſich noch erklären, oder eine Reue über Worte und Facta, die er ausgeſtoſſen hat, bezeigen kann, welches auch wieder aus Haß gegen die elenden Injurienproceſſe hergefloſſen, und in Sachſen inſonderheit für hinlänglich erachtet worden iſt. Es kann nur in dem Fall gelten, wo man auf einen Wiederruf, Abbitte, oder Ehrenerklärung hätte klagen können; hingegen giebt es auch Atrociores Injurias, deraleichen die Reales ſind. Da iſt nicht genug, daß, wenn einer dem andern den Buckel brav abgeſchmiert hat, er nachher ſich erklärt, daß es ihm leid ſey, ſondern da findet doch noch Actio Injuriarum ſtatt. Eben ſo wenig iſt es hinreichend, wenn einer auf die Verwerthung klagt. Am beſten iſt es im Brandenburg- und Sächſiſchen, wo alle Actiones Injuriarum abgeſchafft ſind. Wer geſchimpft iſt, muß es da dem Richter anzeigen, und criminaliter verfahren.

§. 16.

Famosus Libellus, Pasquill, heißt überhaupt diejenige Beschimpfung, da einem schriftlich oder mündlich ein grobes Verbrechen vorgeworfen wird. Injuria scripta und Libellus Famosus werden einander gemeiniglich entgegen gesetzt, und zwar dergestalt, daß Libellus Famosus diejenige Injurie ist, welche einem angethan wird, indem man ihm ein großes Laster, z. B. einen Ehebruch, einen Straßenraub und dergleichen, schriftlich, oder auch wohl gar gemahlt in einem Stammbuch vorwirft, z. B. wenn man eine Vorfallenheit abmahlt, da einer etwa im Ehebruch begriffen gewesen, oder auch, wenn man dergleichen von ihm drucken läßt, das heißt alles zusammen Famosus Libellus. Wenn man hingegen einen nur satyrisiret, dabey aber keine Laster, die Lebens- oder Leibesstrafen nach sich ziehen, vorwirft, so heißt das Injuria scripta, wenn es nämlich gedruckt oder geschrieben geschehen ist, daß also Libellus Famosus ein notabile Crimen supponirt, d. i. ein solches, worauf wenigstens eine Leibesstrafe gesetzt ist. Pasquillus hieß ein Schneider zu Rom, der alle Cardinäle und Päbste durch die Hechel zog. Daselbst ist auch noch eine Statue ohne Hände und Füsse, nur ein Truncus, welcher Pasquinus heißt. Nach der peinlichen Halsgerichtsordnung hat man, wenn es Pasquille seyn sollten, noch mehrers erfordert, nämlich daß der Pasquillant seinen Namen nicht unterschrieben habe. Allein im Jahre 1577. Tit. 35. §. 3. ist dies in der Policeyordnung geändert worden, so, daß ein Pasquill nicht unumgänglich erfordern soll, daß der Pasquillant seinen Namen nicht ausgedrückt habe, sondern wer mit oder ohne Bemerkung seines Namens dem andern ein solches grobes Verbrechen vorwirft, der soll für einen Pasquillanten gehalten werden. Und lautet es also: Es habe der Autor seinen Namen darunter gesetzt oder nicht ꝛc. Nach welchem Gesetz, da solches neuer ist, als die Halsgerichtsordnung, man sich bey der Entscheidung richten muß. Es sind bey den Römern diese Libelli Famosi auch schon notirt worden, und hat man es für was sehr schlimmes im Staat, besonders zu Augusts Zeiten, gehalten. Denn August war, wie bekannt, gar wollüstig, wie er denn auch die Livia dem Drusus wegnahm, das setzte allerhand Pasquille über den Kaiser, woher es gekommen, daß die Pasquille vor andern Injurien, besonders in Rechten, angesehen worden sind. Auch die nachmaligen Kaiser haben dieses bestättigt, und so weit ausgedehnt, daß nicht nur diejenigen, welche die Pasquille selbst verfertigten, sondern auch diejenigen, die sie weiter herum bringen oder verkaufen, ebenfalls als Pasquillanten angesehen werden sollen. Denn diese haben auch animum injuriandi, werden daher auch für Mitschuldige gehalten.

§. 17.

§. 17.

Solchemnach werden die Autores in primarios et secundarios abgetheilt. Primarii heissen diejenigen, welche die Pasquille selbst verfertigen; Secundarii aber diejenigen, welche sie ausstreuen, und unter die Leute bringen. Daher auch ein Buchdrucker wegen eines Pasquills als ein Pasquillant belangt werden kann, wenn er es gedruckt, obgleich selbst nicht verfertigt hat. Doch werden sie heut zu Tage gelinder bestraft.

§. 18.

Was nun die Strafe anbetrift, so war sie nach dem Jure Pandectarum Extraordinaria, denn es war auch ein Crimen Extraordinarium. Es hieng nämlich von dem Richter ab, wie er dieses Verbrechen bestrafen wolle, derselbe sah dann auf die Umstände der Personen, auf welche Pasquille waren gemacht worden. Nach dem Jure Civili ist gar Schwerdstrafe darauf gesetzt worden; hingegen nach der peinlichen Halsgerichtsordnung ist Poena Talionis darauf gesetzt worden. Ob man nun gleich sonst in Criminalibus nach der peinlichen Halsgerichtsordnung verfährt, so hat man doch hierinn sie nicht angenommen, weil es allzuhart ist, Poenam Talionis wegen eines Pasquills zu auferlegen, denn wenn z. B. einer in einem Pasquill einem einen Strassenraub Schuld gab, so müßte nach der Poena Talionis ein solcher Pasquillant gerädert werden. Das ist kein Verhältniß, daß er blos dieses Pasquills wegen gerädert werden soll. Und daher hat man Poenam Pandectarum bey uns vielmehr angenommen, daß also heut zu Tag eine Poena Extraordinaria oder Arbitraria darauf erfolget. Der Richter bestimmt nämlich nach Befinden der Umstände, der Personen, des Injuriati und Injuriantis, oder Pasquillanten, und des Verbrechens die Strafe. Heut zu Tag wird mehr als Staupbesen wegen eines Pasquills nicht erkannt, wo nicht das Pasquill gegen den Landesherrn selbst und die Ruhe des Staats gerichtet ist, in welchem Fall es zur Todesstrafe kommen kann. Gemeiniglich wird Verweisung oder Gefängnis, oder, wenn es gar gelind hergeht, eine Geldstrafe auferlegt. Thönnickers Tractat. de Sacco Processus injuriarum inani ist bey dieser Materie wohl zu gebrauchen. Sonst hat de Injuriis überhaupt Lauterbach eine schöne Dissertationem geschrieben.

§. 19.

Nun kommen wir auf ein neues Verbrechen, welches Damnum Injuria datum heißt. Hier wird das Vocabulum Injuriae anders genommen,

als vorher, denn vorher war Injuria so viel als Beschimpfung, oder alles, was einem zur Beschimpfung vorgenommen worden ist. Hier aber heißt Injuria überhaupt alles, was widerrechtlich geschieht, und also heißt ein Damnum Injuria datum ein Schaden, der einem gegen das Recht, widerrechtlich, zugefüget worden, und das ist auch eigentlich ein Schade. Denn eigentlich ist das kein Schade, der einem mit Recht zugefügt, z. B. wenn einem eine Geldstrafe zuerkannt worden, und er die erlegen müssen. Er leidet zwar einen Abgang an seinem Vermögen, das ist aber ein mit Recht zugefügter Schade, keine widerrechtliche Handlung, und daher ist es auch kein Damnum Injuria datum. Wenn aber einer dem andern mit einem Brennglas Löcher in sein Kleid gebrennt haben sollte, so thut er solches dem Recht zuwider, sine ullo Jure, und das ist das Damnum Injuria datum. Soll es nun als ein besonderes Verbrechen betrachtet werden, so muß es kein Schade seyn, der einem im Vertrag zugefügt worden, noch ein Schaden, der in andere Verbrechen mit einschlägt. Denn wenn man einem einen Schaden in einem Vertrag widerrechtlich zugefügt hat, so kann man aus einem solchen Vertrag die Schadensersetzung einklagen. Hier aber soll man eine besondere Klage haben, die nicht ex Contractu fließt, auch soll man ein besonderes Rechtsmittel haben, so man anderer Verbrechen halber nicht hat, sondern blos dieses Verbrechens, damni nempe injuria dati wegen erhalten hat. Das Gesetz nun, welches diese widerrechtliche Beschädigung bestraft, heißt Lex Aquilia, und die Klage, die daher geflossen ist, Actio Legis Aquiliae. Dieser Lex Aquilia aber ist ein Plebiscitum, denn er ist vom Aquilius, Tribuno Plebis, gegeben, und haben über ihn besonders Noodt und Chifflet, desgleichen auch Balduin commentirt. Besonders ist Chifflet wohl zu gebrauchen, wie denn seine Sachen überhaupt gut sind, wie z. B. der Tractatus de Jure Fidei Commissorum, der sich in Thesauro Juris Romani befindet. Es wird nun von diesem Lege Aquilia in Institutionibus insonderheit gehandelt, da denn von 3 Capitibus desselben Erwehnung geschieht, und ist freylich wahrscheinlich, wie es Chiffler anführt, daß der Lex Aquilia nicht mehr als 3 Capita gehabt habe. Das zweyte Caput davon ist ganz verloren gegangen, so daß man gar nicht wissen kann, wovon es gehandelt habe, obgleich Bynckershöck in Observ. L. I C. 13. Conjecturas angeben wollen, daß es von Schäden durch Ausgiessen, oder Auswerfen gehandelt habe. Hier ist für uns genug, daß man überhaupt weiß, ein Schade, den man zu keinem, oder einem in Rechten benannten Verbrechen, z. B. zu keinem Diebstahl, zu keinem Raub oder Injurie und dergleichen machen kann, Damnum Injuria datum heißt, und mit der Actione Legis Aquiliae gesucht werden kann. Wenn man z. B. einem Schaden

den dadurch gethan haben ſollte, daß man ihm etwa ſeine Pferde, die er auf ſeiner Wieſe zur Weide, und denen er die Füſſe gebunden gehabt, davon hat laufen laſſen, ſo iſt es ein Schade, der ihm widerrechtlich zugefügt worden, und kann eine ſolche Beſchädigung zu keinem Verbrechen, welches in Rechten benannt iſt, gerechnet werden. Es iſt kein Diebſtahl, kein Raub ꝛc. mithin hat Actio Legis Aquiliae ſtatt. Solchemnach hat z. B. in allen den Fällen, wo es wegen der Compenſation, oder des Scherzes kein Diebſtall iſt, weil man doch nicht recht gehandelt, ſondern dem andern Schaden gethan hat, Actio Legis Aquiliae ſtatt. Es wird aber Damnum poſitivum hier erfordert, negativum kommt nicht in Betrachtung. Damnum poſitivum heißt, wenn ich würklich was von meinem Vermögen verliere: negativum, da man einen Vortheil, den man ſich eingebildet, aus den Händen laſſen muß, man verliert aber von ſeinem Vermögen nichts. Hier hat Actio Legis Aquiliae nicht ſtatt. Einer hat ein ſchönes Schulpferd, ſolches will er einem Fürſten ſchenken. Er denkt dabey, das Pferd iſt zwar nur 300 Rthlr. werth, der Fürſt wird aber wohl freygebig ſeyn, und dir 1000 Rthlr. zum Gegengeſchenk geben. Allein es wird ihm mittlerweile todt geſchoſſen, kann er da auf die 1000 Rthlr. klagen? Nein, ſondern er kann nur auf den wahren Werth des erlittenen Schadens, mithin hier auf 300 Rthlr., ſo das Pferd hätte gelten können, klagen. Der Verluſt der Glieder am Leib läßt ſich auch anſchlagen. Carpzov Prax. Crim. Quæſt. 99. erzählt, daß wegen eines ausgeſtoſſenen Augs 100 Gulden, wegen eines abgehauenen Daumens 30 Gulden zur Entſchädigung habe bezahlt werden müſſen. Heut zu Tag berechnet man den Schaden nach der Zeit der Beſchädigung, nicht aber wie ehemal nach dem Werth, den die beſchädigte Sache in ſelbigem Jahre, oder den nächſten 30 Tagen haben würde. Wenn ich ein Pferd habe, das 80 Rthlr. werth iſt, und ſolches lahm wird, ſo, daß ich es kaum für 20 Rthlr. loß werden kann, und es wird todt geſchoſſen, ſo kann ich nur auf 20 Rthlr. und nicht 80 klagen.

§. 20.

Der Schade begreift auch die Damna ex conſequentia data oder die ſchädlichen Folgen unter ſich. Wenn man z. B. einem eins von den Pferden, wovon er ein ganzes Geſpann hat, todt geſchoſſen haben ſollte, ſo kommt es nicht nur allein auf den Schaden an, den man in Anſehung des Werths des Pferds leidet, ſondern es verlieren die andern Pferde auch dadurch am Werth. Daher kann man, wenn man ex Lege Aquilia auf die Schadenserſetzung klagt, auch auf Erſetzung der ſchädlichen Folgen klagen, nämlich den Schaden zugleich zu erſetzen, der einem durch den Hauptſchaden zugefügt worden iſt. So, wenn

man einem viel Unkosten durch den Schaden, den man ihm zugefügt hat, gemacht haben sollte, man hat ihn z. B. dergestalt geschlagen, daß gar viel Heilerlohn erfordert wird, so kann alles mit angesetzt werden, wenn man Actionem Legis Aquiliae anstellt, welches *interesse radicatum* pflegt genennt zu werden. Ja man kann auch in dem Fall auf die Schmerzengelder klagen. Denn das ist auch ein Schaden, den man leidet, und ist der andere nicht befugt, einem Schmerzen zu machen, ob man gleich dadurch nichts an seinem Vermögen verliert, wenn man nämlich von den Unkosten absteht. Deswegen kann man doch auch was für seine Schmerzen fordern, daß man sie nämlich gegen das Vergnügen und die Bequemlichkeit, die man nun dadurch erhält, daß einem der andere was an Geld wegen der erlittenen Schmerzen geben muß, vergessen kann. Von welchem Schmerzengeld, de pecunia doloris, Peter Müller zu Jena eine besondere Dissert. geschrieben hat. Welches eben eine klare Anzeige ist, daß nicht nur dasjenige einer Schätzung fähig ist, was in unserm Vermögen ist, sondern auch dasjenige, was in unsrer Seele ist, unsere Neigung überhaupt, unsere Gemüthsneigungen lassen gleichfalls auch eine Schätzung zu, welches wir in der Materia de Pretio Affectionis gebrauchen können, da einige meynen, daß die Neigung nicht geschätzt werden könnte. Allein wie man Schmerzengelder setzen kann, so kann man auch seiner Affection ein Pretium setzen, dergestalt, daß, wenn man um etwas gekommen ist, worauf man ein Pretium Affectionis gehabt hat, man es gegen dasjenige, was einem um deswillen mehr, als der wahre Werth der Sache beträgt, von dem Beschädiger ersetzt werden muß, vergessen kann. Es gehören auch dahin die Verunstaltungen des Körpers, der Verlust der Geschäfte, den man gehabt hat, und den man inskünftige noch haben wird, daß man zu seinem Geschäft nicht mehr so geschickt wie vorher ist, und also auch nicht mehr so viel verdienen kann. Denn alle der Schade, den man dadurch leidet, rührt von dem Dolo oder Culpa des andern her. Denn es ist wohl zu merken, daß dies Damnum Injuria datum nicht gerade muß durch Vorsatz zugefügt worden seyn, sondern es ist genug, wenn des andern Verschulden die Ursache davon ist. Und zwar wird hier wegen jeder auch der geringsten Nachläßigkeit geklagt, da sonst in Contractibus nur derjenige Grad der Nachläßigkeit, für welchen nach der Natur jedes Contracts man stehen muß, in Betrachtung kömmt. Ich habe z. B. bey jemand was niedergelegt, hier ist klar, daß der Depositarius ex Contractu depositi nur culpam latam prästiren muß. Zur Culpa gehört insbesondere Unwissenheit und Unvermögen. Z. B. einer verdingt sich für einen Kutscher mit vier Pferden zu fahren, der von schwachen Gliedern ist, und nicht einmal zwey Pferde zu regieren versteht. Volckmann Beckmanns Diss. de Imperitia

et

et infirmitate. Ist aber der Schaden durch bloßen Zufall, ohne Vorsatz oder Verschulden entstanden, so fällt alle Klage weg. Gleichwie man nun mit dieser Klage allein den blosen Werth des erlittenen Schadens sucht, also competirt dieselbe nur dem, welchem in Ansehung eines dinglichen Rechts daran gelegen ist, z. B. dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger, nicht aber dem, der ein blos persönliches Recht hat. Ich habe einem z. B. 30 Rthlr. gelehnt, das Pfand ist 40 werth, so kann ich, wenn es Schaden gelitten, nur auf 30 klagen, das heißt nach Maaßgab der Forderung klagen, der Debitor aber klagt auf den Ueberrest, auf die 10 Rthlr., so über 30 sind. Wenn man z. B. einer Jungfrau an ihrer Schönheit durch Ungeschicklichkeit Schaden gethan haben, und sie dadurch im Gesicht ganz verunstaltet worden seyn sollte, daß sich nun nicht leicht jemand mehr an sie machen wird, so kann sie auch wegen solcher Verunstaltung Actione Legis Aquiliae gegen den Beschädiger klagen. Mit mehrerm handelt hiervon **Thomasius** in Diss. de Larva Legis Aquiliae detracta.

§. 21.

Rapina, ein **Raub**, heißt dasjenige Verbrechen, wodurch man einem andern wissentlich, mit Gewalt, das Seinige aus Gewinnsucht abnimmt, wenn man z. B. einbricht, dem Wirth, den man antrift, Hände und Füsse bindet, und ihm das Seinige wegnimmt, sich dadurch zu bereichern, so heißt es Rapina. Deswegen kommen Raub und Diebstahl in Ansehung der Absicht mit einander überein. Und wenn Gewalt ausgeübt wird, allein keine Habsucht dabey ist, sondern etwa nur wieder Vergeltungsabsicht, so ist es auch kein Raub, sondern es verfällt solches in ein anderes Verbrechen. Deswegen ist der Hauptunterschied zwischen Raub und Diebstahl der, daß durch Raub öffentlich dem andern, und nicht ohne Vorwissen, wohl aber ohne Willen des Eigenthümers was weggenommen wird. Eben daher muß Gewalt gebraucht werden, ja beym Raub sieht man hauptsächlich darauf, mithin auf die Größe der geraubten Sache gar nicht. Wenn einer nur einen Gulden dem andern auf öffentlicher Strasse weggenommen, und Gewalt gebraucht hat, so ist es doch Rapina, und wird zu einem Verbrechen wegen Verletzung der öffentlichen Sicherheit, diese kann einer durch einen Gulden beleidigen. Es ist auch zu vermuthen, daß wenn mehr da gewesen wäre, er mehr mitgenommen hätte. Daher ist die Strafe noch härter, als bey dem Diebstahl, weil hier Verletzung der öffentlichen Sicherheit hinzukömmt. Die Strafe nun ist die Enthauptung, der Räuber wird gerichtet, hernach der Körper aufs Rad geflochten, und der Kopf auf den Pfahl gesteckt. Gewaltsamer Diebstahl

geſchieht zwar auch mit Gewalt, doch wird dieſe nur gegen Sachen ausgeübt, beym Raub hingegen gegen Perſonen, welches letztere eben die öffentliche Sicherheit verletzet. Jure Romano iſt poena tripli darauf geſetzt, oder Raptor muſte das Triplum wieder erſetzen, nämlich deſſen, ſo er dem andern mit Gewalt abgenommen hatte. Allein das iſt heut zu Tag nicht mehr, ſondern das war nur bey den Römern ſo, da ſie noch die Poenas Privatas hatten, die dem Beſchädigten zugeſprochen wurden. Heut zu Tage giebt es keine reiche Straſſenräuber mehr. Was die Strafe dieſes Verbrechens bey den Römern anbetrift, ſo hat Gravina die Hiſtorie davon am deutlichſten beſchrieben. Denn nach dem Jure Romano machte es viel Schwierigkeiten, daß die Strafen von Zeit zu Zeit ſo ſehr abwichen. Heut zu Tage aber hat man die römiſchen Strafen nicht mehr, ſondern man ſieht auf die Strafen, die in der peinlichen Halsgerichtsordnung geſetzt ſind, daher des Gravina Tractat blos zur Erläuterung des römiſchen Rechts dient. Deswegen ſagt Struv: hodie poena iſta tripli in uſu non eſt, ſed poena Raptoris, praeſertim in itinere publico vi illata rem auferentis, eſt capitalis gladii, allein dieſes iſt zu wenig beſtimmt. Er wird nicht nur hingerichtet, ſondern es wird auch der Körper auf das Rad geflochten, und der Kopf auf den Pfahl geſteckt. Wenn der Raub auf der Landſtraſſe geſchehen iſt, heißt er latrocinium, Straſſenraub, in mari Seeraub. Hat jemand dieſes Verbrechen öfters begangen, ſo wird die Strafe geſchärft. Wegen des erſtern wird er gerädert, wegen des wiederholten vor dem Rädern mit glühenden Zangen gezwicket, und zwar eben ſo oft, als viele Perſonen er umgebracht hat. Wenn er aber 10. 20. Latrocinia verübet hat, ſo läßt man es nur ſechsmal geſchehen, weil er es nicht länger ausdauren kann. Bisweilen wird auch dadurch die Strafe geſchärft, daß einem zuerſt Arm und Beine und dann der Hals abgeſtoſſen werden, welches man von unten auf rädern heißt, und dem von oben rädern, wenn mit dem erſten Stoß das Genick abgeſchlagen wird, entgegenſetzt. Conſtit. Crim. Carol. Art. CXXVI. et arg. Art. LXXX. Taubmann Diſp. de Turbatoribus Pacis publicae. Zu dieſer Materie Erläuterung dient Wilhelm Liſeri Diſſ. de Robbaria et vi Raptorum.

Drittes Buch.

Tit. XXIV.

De Extraordinariis Criminibus.

§. 1.

Extraordinaria Crimina heissen diejenigen, worauf keine gewisse Strafe von den Gesetzen bestimmt ist, sondern die der Richter nach Gutbefinden bestimmen kann. In dem Verstande sagt man eben, daß heut zu Tage die meisten Crimina Extraordinaria seyen, weil bey den meisten Verbrechen die Strafe vom richterlichen Gutbefinden abhängt, indem die Umstände allzuviel sich verändern, und um derselben willen ein Verbrechen, welches sonst peinlich ist, nicht peinlich werden kann. Daher irren einige Doctores, wenn sie diese Crimina ad Publica referiren, indem sowohl publica, als privata Crimina ihre in Rechten bestimmte und gewisse Strafe haben, wohingegen die eigentlich sogenannten Crimina Extraordinaria keine in Rechten bestimmte Strafe haben, und also ein Mittelding zwischen Criminibus publicis et privatis sind, welche keine gleichartige Strafe haben, sondern nach Beschaffenheit der Umstände mit Geld, Gefängniß, Verweisung oder Auspeitschung bestraft werden.

§. 2.

Das erste ist *Sollicitatio alienarum nuptiarum*, wenn man nämlich einer Frau Ehebruch zumuthet, es aber nicht zum Vorgang kommt. Sonst heißt es auch Adulterium attentatum, welches Crimen bey dem Stupro nicht weniger vorkommen kann. Denn auch das Stuprum Violentum kann nur attentatum seyn, wenn man eine hat nothzüchtigen wollen, und man doch mit ihr nicht hat können zu Stande kommen. In beyden Fällen ist kein Stuprum, kein Adulterium perfectum, unterdessen doch attentatum, so doch unrecht und deswegen zu bestrafen ist. Nachdem es nun weit gekommen ist, nachdem ist der Gradus dieses Criminis, und darnach auch die Strafe verschieden. Jedoch was das Stuprum Violentum anbetrift, so kann es doch über den Staupbesen nicht kommen, und auch dazu nur nach Beschaffenheit der Personen. Wenn z. B. ein geringer Kerl eine Dame oder eine Jungfrau von gutem Stande angefallen hätte, um sie zu nothzüchtigen, jedoch nicht zu Stande kommen können, so kann er deswegen ausgepeitscht werden.

Das zweyte Crimen Extraordinarium ist Abactio partus, Abtreibung eines Kinds. Wenn man nämlich einer Weibsperson was eingiebt, oder sie selbst was einnimmt, z. B. Sevenbaum, und es geht auch das Kind würklich von ihr ab, so fragt sichs, was denn hier Rechtens ist? Antw. Diese Abactio partus ist ein Verbrechen, und kann auch peinlich bestraft werden, wenn sie einem Mord gleich zu achten ist. Das geschieht nun in dem Fall, wenn eine Person Kinder abgetrieben hat, die schon über die Hälfte gewesen, denn da hat sie schon Empfindung von ihnen, indem zu der Zeit sich schon das Kind in Mutterleib zu bewegen pflegt. Wenn sie es also zu solcher Zeit abgetrieben, so kann sie sich von dem Vorsatz, einen Menschen zu tödten, nicht rein sprechen, daher kann ihr in dem Fall auch die Schwerdtstrafe zuerkannt werden. Hingegen wenn sie nicht gewußt hat, ob das Kind lebt oder nicht, zu der Zeit, wo es wenigstens ungewiß ist, so kann man ihr nicht an den Hals kommen. Weil sie jedoch hat wissen können, daß sie schwanger ist, und doch dagegen gebraucht hat, daß sie es abgetrieben, so findet eine willkührliche Strafe, z. B. Auspeitschen, nach Umständen statt, da die Enthauptung nicht Platz ergreifen kann, weil es kein Mord ist. Deswegen sieht man, daß hierinn auf die Hypothesin Doctorum nicht zu achten ist, daß das Kind gleich vom ersten Augenblick an lebe, man muß unter dem medicinischen und rechtlichen Leben einen Unterschied machen. Wahr ist es, daß der Foetus in utero immer lebt, immassen wo er nicht lebte, die Verwandlung nicht vorgehen könnte, welche doch aber vorgeht. Es ist eben, wie bey Raupen, oder bey Seidenwürmern, wenn die sich verwandeln, so leben sie auch, ob sie gleich da liegen, als wenn sie todt wären, denn wenn sie auch würklich todt sind, so geschieht keine Verwandlung. Eben so verhält sichs auch bey einer Weibsperson, wann sie geschwängert ist. Eine andere Frage aber ist, ob eine Weibsperson deswegen, weil sie das Kind abgetrieben hat, eines Mords beschuldigt werden könne? Denn das setzt voraus, daß sie gewußt habe, daß sie schwanger sey. Das kann sie aber nicht eher gewiß wissen, als bis sie eine Regung davon empfindet, welches geschieht, wenn sie über die Hälfte gegangen. Treibt sie es vor der Hälfte ab, so wird sie nach Gutfinden gestraft, nachdem die Leibesfrucht nahe an der Hälfte gestanden ist oder nicht. Für die Hälfte aber wird heut zu Tage der 90ste Tag gehalten, da beym Anfang des 7ten Monats eine Geburt möglich ist. Die Römer haben anfangs die Abtreibung des Kinds gar nicht gestraft, sondern ex principiis Stoicis als ein kleines Verbrechen angesehen. Sie sagten, nicht der Mensch, sondern nur die Hofnung werde zu Grund gerichtet. Selbst auch anfangs unter den christlichen Kaisern ist sie gar milde bestraft worden, wie solches Noodt in seinem Julio Paulo in einer Epistel gegen den Bynckershöck

höck bewiesen hat. Denn diese beyde sind in einen gar harten Streit mit einander über den Unterschied inter Abactionem partus et homicidium verfallen, und ist es bey den Römern noch von der alten stoischen Philosophie hergekommen, da sie gemeynt haben, der Partus sey so lang noch nicht pro foetu animali, zu halten, so lang er noch in utero sey, sondern nur für einen Theil des mütterlichen Eingeweids, daher auch eine Frau, wenn sie keine Kinder haben wollte, den Partum als einen partem Viscerum suorum verlassen und abtreiben könnte. Constit. Crim. Art. 133. von demjenigen, der einer Schwangern die Leibesfrucht abgetrieben und dadurch den Tod verursacht hat. Ein solcher wird am Leben gestraft, hat es aber ein Arzt aus bloser Unwissenheit gethan, nach Gutfinden. Georg Quirin Böckel Diss. de Crimine Abact. partus. So verhält es sich nun auch bey der Aussetzung der Kinder, Expositione Infantum, die ehmals bey den Römern anfänglich erlaubt gewesen ist, denn der Römische Staat ist aus allerhand zusammen gelaufenem Gesindel entstanden. Denen ließ Romulus anfangs ihre Sitten, die sie mitgebracht hatten, worunter Expositio Infantum gehörte, wenn sich der Vater nicht mit der Kinderzucht belästigen wollte. Allein heut zu Tage geht eine solche Expositio Infantum nicht mehr an, sondern ist ein Verbrechen, und zwar ein Crimen Extraordinarium, weil die Strafe verschieden ist, nachdem man das Kind an einen gefährlichen Ort exponirt hat, oder nicht. Hat man es z. B. im Winter an einen Ort hingelegt, wo nicht leicht jemand hinkommt, und man sich also leicht vorstellen können, daß das Kind daselbst darauf gehen werde, es ist auch wohl darauf gegangen, und die Mutter ausfindig zu machen, so wird ihr auch noch heut zu Tage die Schwerdtstrafe zuerkannt. Hingegen hat sie zu Sommers- oder auch Winterszeit das Kind an einen Ort hingelegt, wo jedermann hinkommen, und das Kind gar leicht aufnehmen kann, so handelte sie zwar unrecht, daß sie das Kind weggethan hat, es ist doch aber ein Crimen Extraordinarium, so keine Poenam Capitalem nach sich zieht, denn hier ist keine Mordabsicht vorhanden, wie in dem ersten Fall, sondern es meynt der Aussetzende, daß das Kind angetroffen, von einem aus Barmherzigkeit aufgenommen, und dadurch erhalten werden soll. Daher in dem Fall etwa nur Gefängnis, aufs höchste Verweisung und Auspeitschen statt finden, wenn das Kind dadurch elend geworden, daß es etwa lang in der Kälte gelegen ist.

§. 3.

Das dritte Crimen-Extraordinarium heißt Crimen Dardanariatus, und ist dasjenige, wenn man mit Fleiß durch das viele Aufkaufen allerhand

Waaren und Sachen eine Theurung macht, woraus vieles Uebel in einem Staat entsteht, und entstanden ist, z. B. wenn man alles Korn aufgekauft hat, und ist dadurch eine Theurung entstanden, die eben der intendirt, der es aufgekauft hat. Die Doctores sind uneinig, woher dieser Name enstanden seye. Einige leiten es von einem Zauberer her, der Dardanus geheissen haben soll, und hexen können. Wenn er z. B. den Leuten zwey Meß ausgemessen habe, so haben sie allemal nur eines bekommen, indem er allemal eines wieder, wie man sagte, weggehexet, oder der anderer Leute Korn in seine Scheuer und Boden solle haben hexen können. Es ist aber dieses sehr ungewiß, und thut nichts dazu, ob man die Benennungsursache weiß oder nicht. Genug, daß diejenigen, welche eine Theurung vorsätzlich angerichtet haben, Dardanarii, und auf Deutsch, wenn die Theurung beym Getreide vorgegangen, Kornkipperer heissen. Die darauf gesetzte Strafe ist verschieden. Stryck hat in einer besondern Dissertatione ausgeführt, daß Lebensstrafe darauf stehe, oder daß man einem wegen dieses Verbrechens ans Leben kommen könne, wenn eine Theurung entstanden ist, wodurch viele Menschen haben sterben müssen. Auch nach der Halsgerichtsordnung Art. 113. hat die Lebensstrafe in dem Fall, wenn jemand dadurch ums Leben gekommen ist, statt. Sonst aber wird ihnen, wenn sie Getreide auf dem Boden haben, dasselbige alles weggenommen. Es wird ihnen auch ihr Vermögen eingezogen, Rec. J. de Anno 1548. oder es wird ihnen aller Kornhandel verboten, sie werden relegirt, incarcerirt, mit Geldstrafe belegt, nachdem der Schade groß ist, den sie angestiftet haben. Sonst findet man von der Poena Dardanariatus vieles bey Kreß in seiner Dissertatione de Josepho, da er untersucht hat, ob Joseph ein Dardanarius gewesen seye, oder nicht. Wenn man falsche Maaß, Gewicht und Elle braucht, so wird dieß manchmal auch ad Crimen Dardanariatus gerechnet. Gewöhnlich aber heißt es dasjenige Verbrechen, da man alles aufkauft, und es nicht losschlagen will, bis man Thaler für Thaler verdienet.

§. 4.

Das vierte Crimen Extraordinarium heißt Crimen *Sacculariorum*. Wilhelm Buddäus hat angemerkt, daß die Saccularii bey den Römern soviel als Taschenspieler gewesen, wie man es auch beym Ulpian findet. Denn der redet von Leuten, die in der Tasche und aus derselben allerhand verbotene Künste zu spielen gewußt haben. Heut zu Tage aber heißt alles, was Beutelschneiderey genannt wird, Crimen Sacculariatus, z. B. wenn man einem durch List oder Künste, die nicht ein jeder versteht, was ab- z. B. die Börse aus dem Sack wegnimmt, welches in Messen und bey großen Feyerlichkeiten geschieht.

schieht. Die Beutelschneider heissen auch *Bursicopae*, a bursa, Beutel, et couper, Manticularii à Mantello, weil sie ihre Sache manchmal unterm Mantel machen. Meistentheils schlägt es mit in Diebstahl, und Crimen Stellionatus ein, daher wird gar selten bey uns geschehen, daß dieß Crimen Sacculariatus besonders gestraft wird. Sie werden selten gehenkt, ohngeachtet sie noch schlimmer als die Diebe sind. Denn man kann keinen henken, als bis man weiß, daß er über 5 Dukaten gestohlen: das ist schwer auszumachen, weil man sie selten ertappt, und wenn es geschieht, die Leute, welchen sie Schaden gethan, bald wieder fortgehen.

Das fünfte Crimen Extraordinarium ist *Sepulcrorum Violatio*, die Beraubung der Gräber. Die wurde bey den Römern gar hoch gestraft, weil bey ihnen die Sepulcra den Diis Manibus dedicirt waren, d. i. den Seelen der Verstorbenen, denn sie meynten, daß sie von den Körpern ganz abgesondert und vergöttert worden wären. Heut zu Tage aber wird dieß Verbrechen als ein Diebstahl angesehen, wenn einer Gräber bestiehlt. Die gesetzmäßige Strafe wird jedoch gemildert. Denn der Dolus und Größe des Schadens sind nicht so groß, wie sonst, da mancher meynt, es wäre besser, daß er die Pretiosa habe, als daß sie in dem Grab zu Grund gehen. Freylich aber ist er nicht dazu befugt. Deswegen ist es zwar ein Verbrechen, aber nur ein Crimen Extraordinarium, und die Strafe ist unterschiedlich, ja es kann gar wohl zur Auspeitschung kommen, wenn einer z. B. die Gruft großer Herren erbrechen, und die Cadavera spoliiren sollte. Sonst aber findet bloß Gefängniß oder Geldstrafe statt. Hieher gehört auch, wenn man von Schwibbögen auf Gottesäckern die eisernen Thüren erbricht und wegnimmt, wie nicht weniger die, welche Gehenkte bestehlen, da manchmal solche, zumal in Kriegszeiten, als Spionen in guter Kleidung gehenkt werden. Solche werden so wie auch diejenigen, welche der Hingerichteten Körper vom Galgen oder Rad abnehmen, ausgepeitscht. Doch wird die Strafe gemildert, wenn solches von des Hingerichteten Anverwandten geschehen ist.

Das sechste Crimen ist Abigeatus, welches nichts anders, als ein Viehdiebstahl ist, den man auf der Weide, oder in Ställen verübet. Das war bey den Römern was sehr gebräuchliches, daß einer dem andern von der Weide Ochsen, Schaafe und Pferde wegtrieb, und sich zueignete, um sich zu bereichern. Dieses Verbrechen nun wird heut zu Tage wie ein anderer Diebstahl bestraft, und hat man also darauf zu sehen, ob es ein Furtum magnum, obs trina vice iteratum, und was weiter oben von dem Furto angemerkt ist, das findet auch alles hier statt, wie denn die Pferddiebe heut zu Tage wie andere Diebe bestraft werden, es sind einerley Diebe. An einigen

Orten

Orten aber ist doch ein Unterschied in Ansehung des Viehes. Wenn einer einem einen Ochsen, ein Pferd wegnimmt, so wird er wie ein Dieb bestraft. Hingegen wenn er von einer Heerde Schaafe was weggetrieben hat, müssen es zehen Stücke seyn, wenn er als ein Dieb bestraft werden soll. Denn es wird zu diesem Verbrechen erfordert, daß so viele Stücke gestohlen sind, als zu einer Heerde erfordert werden. Heerde sagt man aber nicht allein beym kleinen Vieh, z. B. Schaafen, Gänsen, sondern auch beym größern, z. B. wenn man Füllen Heerdeweise auf den Markt treibt. Armenta heissen Ochsen, Pferde, jumenta, die nur tragen, als Esel, Maulesel.

Das siebende Crimen Extraordinarium ist Praevaricatio. Es heißt aber Crimen Praevaricationis eigentlich dasjenige, wenn der Ankläger und der Angeklagte mit einander im Verständnis stehen, heut zu Tage, wenn ein Advocat mit seinem Gegentheil colludirt, oder ein heimliches Verständniß hat, ihm durchzuhelfen. Darauf war bey den Römern die Poena Talionis gesetzt, die Strafe nämlich, die auf das Verbrechen gesetzt war, die der Ankläger einem andern zuzuerkennen verlangte, wurde an ihm vollzogen, das war aber zu hart. Deswegen wird es heut zu Tage arbitrarie bestraft, nachdem die Accusationsprocesse abgekommen, und der Inquisitionsproceß eingeführt worden, und statt der Accusationum die Denunciationes eingeführt sind. Denn nachdem das Crimen einmal denuncirt worden, so hat der Denunciant bey dem Proceß weiter nichts zu thun, sondern es wird hernach von dem Richter von Amtswegen ferner darinn verfahren. Die eigentliche Praevaricatio fällt demnach weg, und kommt heut zu Tage dieß Crimen vor, wenn Advocaten beyden Partheyen dienen, und sich bestechen lassen, um die Geheimnisse des Processes einander zu verrathen, oder den Proceß so zu führen, daß der andere ohne alles Recht gewinnt, welches proditorio more, verrätherischer Weise, in dem Proceß verfahren heißt, indem man dem Gegentheil alle Vortheile und Blösen zeigt. Wenn ein Advocat dessen überführt werden kann, daß er unterlassen, seine Exceptiones einzubringen, oder sonst was bey dem Proceß versäumt, daß er die Gegengründe nicht genüglich widerlegt, und zwar solches aus Vorsatz gethan hat, so wird er erstlich angehalten, den Schaden, der dadurch zugefügt worden, zu ersetzen. Zweytens wird er aber auch unehrlich, und kann noch mit dem Staupenschlag bestraft werden.

Das achte Crimen ist Crimen Receptationis, wenn man Verbrecher wissentlich aufhält, und sie beherberget. Das haben die Römer hart bestraft, zumal an denjenigen, welche z. B. Pferdediebe beherberget, und also dadurch Gelegenheit gegeben, daß sie das Vieh von der Heerde haben wegstehlen können. Hieher gehören auch die Receptatores furum, Verhehler der

Diebe

Diebe oder ihrer gestohlnen Sachen. Wenn sie nicht am Diebstahle Theil genommen haben, so werden sie nicht so hart behandelt, wie die Diebe selbst, und also wenn dem Diebe die ordentliche Strafe zuerkannt wird, wird dem Receptatori eine willkührliche, z. B. Gefängnis, aufs höchste Verweisung zuerkannt, ungeachtet es heißt: Der Hehler ist so gut als der Stehler. Wenn er mit participirt, kann er mit gehangen werden, quia societatem criminis tunc contraxerunt, worauf das Wort *sociarunt* in L. 1. C. de Recept deutet. Man hat hiebey diejenigen auszunehmen, die ihre Anverwandten gerettet haben. Denn es heißt: Man muß denjenigen, welche für die Ihrigen Sorge tragen, Nachsicht schenken. Sie können auch gewöhnlich nicht gezwungen werden anzuzeigen, wo sie sich aufhalten. Gemeiniglich wird auch das bloße Bewußtseyn eines begangenen Verbrechens nicht gestraft. Eine Ausnahme macht Hochverrath, Banditenmord, Todtschlag unter Anverwandten, und Gotteslästerung.

Das neunte Crimen ist Effractio Carceris, wenn der Verbrecher selbst durchgebrochen, oder ihn ein Dritter aus dem Gefängnis befreyet hat. Dabey hat man dann den Unterschied zu machen, ob er auf den Tod sitzt oder nicht. Saß er auf den Tod, so konnte bey den Römern derjenige, der ihm durchgeholfen, am Leben bestraft werden. Heut zu Tage aber geschieht es nicht mehr, wenn es auch gleich der Commentariensis, der Thurmhüter oder der Wächter vorsetzlich und mit dem Verbrecher einverstanden, gethan haben sollte, sondern er wird etwa des Landes verwiesen oder höchstens fustigirt oder seines Amts entsetzt, und vorher incarcerirt, als wie einst ein Casus von Wetzlar in Marburg vorgekommen, da die Bürger falsche Geldmünzer, welche sie bewachen sollten, durchwischen lassen, und mit ihnen colludirt haben, und sie also dolose haben durchkommen lassen. Ist die Nachläßigkeit des Wächters gar zu groß gewesen, so wird er auf ewig verwiesen. Es findet gar keine Strafe statt, wenn der Gefangene unrechtmäßiger Weise und allzulang gesessen, und das Gefängnis etwa unter der Erde, und er ihn wegen der gar zu großen Strenge des Richters durchwischen lassen. Wenn der Verbrecher selbst durchgebrochen, so ist darauf wieder zu sehen, ob er auf den Tod sitzt oder nicht. Ist ihm eine Todesstrafe zuerkannt, so wird dadurch die Strafe getilgt und wird er weiter nicht gestraft. Bey den Römern aber, wenn einer den Tod auch nicht verdient hatte, konnte er doch noch am Leben gestraft werden. Hingegen ist bey uns das nicht, es wird nur die Strafe, die ihm sonst zuerkannt worden, dadurch erhöht, ist ihm z. B. nur eine Geldstrafe auferlegt, so wird ihm eine höhere Strafe zuerkannt, wenn er schon einmal durchgebrochen und wieder eingefangen worden ist. Es kann ihm auch Gefängnisstrafe auf ei-

nige Tage mit Wasser und Brod zuerkannt werden. Wenn Effractio Carceris von einem andern als dem Gefangenen geschiehet, so stehet die Schwerdstrafe darauf, wenn es mit gewafneter Hand geschehen, oder eine Rebellion ausgebrochen ist. Das hat man einführen müssen, weil man sonst die Verbrechen nicht bestrafen, oder in Bestrafung derselben gehindert werden könnte, wenn man zugeben wollte, daß die Gefängnisse nicht sicher wären, und die Verbrecher daraus der Strafe entzogen werden könnten.

Das zehente Crimen Extraordinarium ist das Crimen Stellionatus. Es hat seinen Namen a Stellione, so eine Art Eydexen ist, die allerhand Farben wie Sterne hat und sehr schlüpferig ist, die also einem leicht aus den Händen entwischen kann, und für ein dem Menschen aussätziges Thier gehalten wird. Es heißt Crimen Stellionatus dasjenige Verbrechen, das durch allerhand Betrug, der sich doch aber zu keinem in Rechten benannten Verbrechen rechnen läßt, verübet wird, oder das man mit einem eigenen Namen nicht nennen kann. Wenn einer z. B. seine einem andern verpfändete Sache einem Dritten als unverpfändet verkauft. Es ist also dieses Verbrechen etwas besondres und allgemeines. Französisch heißt es *Filouterie*. Z. B. Wenn man den Leuten gebrannte Gerste für Kaffee verkauft, überhaupt wenn man die Waaren verderbt, heißt es ein Stellionat. So auch, wenn man allerhand Betrügerey beym Wein und Bier begeht, ist es ein Crimen Stellionatus. Denn diese Betrügerey kann man zu keinem in Rechten benannten Verbrechen zählen. Es muß aber eine recht große Leichtfertigkeit seyn, die aber von den Gesetzen nicht bemerkt ist, und also zum Verbrechen der Verfälschung gerechnet werden könnte. Wird ein solcher Betrug lange getrieben, und sind die Leute stark ums Geld dadurch betrogen worden, kann Lebensstrafe darauf erfolgen. Sonst steht nur ordinaria poena relegationis, temporalis Carcer, auch wohl Fustigatio darauf. An manchen Orten ist insonderheit bey Bierbrauern die gröste Strafe, daß das Bier ihnen vom Hause weggeführt, und ins Wasser gelassen wird, und zwar öffentlich, damit sie beschimpft werden. Welches auch bey Weinverfälschungen beobachtet wird. Sonst ist Geldstrafe oder Incarceratio, auch wohl gar Fustigatio, wenn nämlich großer Schaden, z. B. Ungesundheit, ja wohl gar der Tod bey den Bürgern daraus entstanden ist, darauf gesetzt, wie es bey verfälschtem Wein öfters geschehen ist, wenn zumal Silberglätte darunter gethan wird, so ihn zwar angenehm macht, des Menschen Gesundheit aber höchst schädlich ist. Es kömmt dieses Crimen zwar sehr nahe an die Verfälschung, darinn aber findet sich noch ein Unterschied, daß nichts, was nicht von den Gesetzen dafür erklärt ist, als eine Verfälschung behandelt und bestraft werden kann. In welchem

Ver-

Verstande Corruptio also nicht sowohl heut zu Tage ad Crimen Stellionatus gehört, weil es in Constit. Crim. Art. 113 ad Crimen falsi referirt wird. Es ist der Stellionat ein infamirendes Verbrechen, wenn die Handlung selbst unehrlich ist, z. B. in Contractu Depositi, Tutelae, Mandati et Societatis.

Das eilfte Crimen Extraordinarium ist *Termini Motio*, Gränzenverrückung, wenn man nämlich mit Vorsatz die Gränzen, z. B. die Gränzsteine und Gränzbäume verrückt. Oben hatten wir den Fall, was Rechtens sey, wenn sie von ungefähr verrückt werden, hier, wenn es mit Vorsatz geschieht. Eben dazu sind besondere Gränzsteine eingeführt worden, mit Eyerschaalen, mit Kohlen und dergleichen, daß man die Gränzsteine und ihre Verrückung erkennen kann. Bey den Römern war das Crimen Motionis Terminorum etwas sehr großes, denn sie hielten die Terminos pro Diis, allein bey uns ist dieses Verbrechen so verschieden, als die Gränzsteine selbst. Am grösten ist es bey uns, wenn Termini Territoriales oder Provinciales verrückt werden, um Landesherren dadurch in Streit mit einander zu verwickeln. Da kann auch die Lebensstrafe darauf erkannt werden, weil zumal keine größere Streitigkeiten zwischen großen Herren sind, als die Gränzstreitigkeiten. Diese können Gelegenheit zum Kriege geben, werden also härter gestraft. Sonst zieht Termini Motio Gefängnis oder Geldstrafe nach sich. Man muß nämlich inter Termin⁹s publicos et privatos unterscheiden, hier hat Geldstrafe, bey jenen Fustigatio statt, H. G. O. Art. 114.

Das zwölfte Crimen Extraordinarium ist die Institutio illicitorum Conventiculorum, welches verübt wird, indem man ohne Erlaubnis des Herrn allerhand Versammlungen und Zusammenkünfte anstellt, denn unter dem Vorwande könnten Unruhen entstehen, die dem Staate wohl gar den Untergang zuziehen könnten. Eben daher haben die Römer die Christen Anfangs verfolgt, weil sie ihre Conventicula als etwas höchst gefährliches für ihren Staat ansahen. Daher obgleich der jüngere Plinius an den Trajan geschrieben, sie thäten nichts als Singen und Beten, so rescribirte doch Trajan, er sollte gleichwohl ein wachsames Auge auf sie haben, weil sehr leicht Unruhen daher entstehen könnten. Und eben daher leidet man auch heut zu Tage die Zusammenkünfte nicht, wenn auch gleich die Leute blos Singens und Betens halber zusammenkommen wollen. Wenigstens in einem wohlbestellten Staate werden sie nicht geduldet, denn unter dem Vorwande kann ein großer Aufruhr entstehen, und bey dergleichen Zusammenkünften in der Stille, ohne daß man es

merkt, angezettelt werden. Es ist auch nicht nöthig, daß man dergleichen Conventicula des Singens und Betens halber tolerirt. Man hat die Kirchen, wo man des Singens und Betens halber zusammenkommen kann. Wollen also dergleichen Leute davon nicht abstehen, so kann man sie mit Geldstrafe belegen oder incarceriren und wohl gar relegiren. Solchemnach ist kein Kollegium ohne Bewilligung des Staats für erlaubt zu halten. Und ob zwar eine Judenschule tolerirt wird, so darf sie doch nicht zum Erben eingesetzt noch ihr Legata vermacht werden.

§. 5.

Es giebt noch andere Crimina Extraordinaria, z. B. wenn das Betteln verbothen ist und man bettelt doch, so ist die verbothene Betteley ein Crimen Extraordinarium, als wie die Pfuscherey, wenn man einem, der nicht in einer Innung ist, verbothen hat, daß er an einem Orte arbeiten soll und er es doch thut. Ein solcher Pfuscher kann bestraft werden, nach Befinden der Umstände. So auch, wenn Spiele verbothen sind, z. B. das Pharao, und es wird doch gespielt, so ist es ein Crimen, aber ein Crimen Extraordinarium, so Poenam Extraordinariam oder Arbitrariam nach sich zieht. Gleichergestalt ist in verschiednen Policeyordnungen die Trunkenheit verbothen, oder es ist den Unterthanen verbothen, daß sie sich nicht in Brandtewein vollsaufen sollen, thun sie es doch, so ist es ein Crimen, aber ein Crimen Extraordinarium. Denn die Strafe ist wieder willkührlich. So gehört auch zu der Pfuscherey insonderheit mit Unwissenheit der Aerzte. Daher gleichwie die Pfuscherey überhaupt ein Crimen Extraordinarium ist, so ist auch diese insonderheit ein Crimen Extraordinarium, und kann also auch bestraft werden. Ja da sie noch größer als eine andere ist, so kann auch die Strafe härter als sonst bey Handwerkern angesetzt werden.

§. 6.

Corruptio Servi wird auch noch ad Crimina Extraordinaria gezählet. Joh. Brunnemann in Disp. de Delicto servi alteriusve hominis corrupti. Bey den Römern gieng sie an, da sie Servos hatten, die ihren gewissen Werth gehabt haben, denn ein Knecht, welcher von schlechten Sitten war, hat so viel nicht gegolten, wie ein andrer. Wenn daher einer dem Andern seinen Knecht zum Stehlen verführte, so war solches ein Verbrechen, weil der Knecht nachher nicht mehr so viel gegolten hat, wie vorher. Ein Knecht hat z. B. ein Dutzend Löffel gestohlen, hier klagt der Herr ad duplum der Löffel. Der Knecht war

war 100 Thaler werth, nun er aber zum Diebe geworden, ist er nur 50 Thaler werth, also klagt er auch auf zweymal 50, also zusammen auf 148 Thaler, wenn die Löffel 24 Thaler werth waren Das ist aber bey uns nicht mehr, denn bey uns sind die Knechte freye Leute, und kann man heut zu Tage auf weiter nichts, als auf den Schaden, der einem durch die Verführung zugefügt worden ist, klagen Uebrigens zeigt man heut zu Tage die Verführung an, und überläßt die Strafe dem richterlichen Ermessen. Wenn z. B. Leute eines Herrn Bedienten beständig zugesetzt haben, daß er seinem Herrn etwas wegnehmen möchte, und haben es mit ihm verfressen und versoffen, der Herr kann auch solches erweisen, so kann er die Ersetzung des Schadens von solchen Verführern verlangen, wegen der Verführung des Gesindes aber kann es der Obrigkeit denuncirt, und von derselben von Amtswegen bestraft werden. Ein reicher Geitzhals hat unterschiedliche Leibeigene. Ein liederlicher Vogel beredet einen derselben, daß er seinen Herrn bestehlen solle, der Leibeigene ist so ehrlich, und sagt es seinem Herrn, da kann der Herr wider den Verführer diese Klage anstellen. Allein wie viel kann solchenfalls gefordert werden? Antw. So viel, als wenn der Knecht wirklich verführt worden wäre. Ein gleiches findet in Ansehung der Kinder statt, wenn einem dieselben zum Spielen, Saufen u. dgl. verführt werden. Denn da wird es denuncirt, und sogleich, nach Befinden der Umstände, vom Richter von Amtswegen willkührlich bestraft. Eigentlich ist dieses ein Delictum privatum. Wenn der Knecht in Ansehung seiner Leibesbeschaffenheit verdorben wurde, hat Actio ex Lege Aquilia statt, in Ansehung der Sitten Actio de servo corrupto in duplum. Heut zu Tage hat diese Klage gegen Verführer der Kinder, Ehegatten, Bürger und Unterthanen statt, aber nicht aufs duplum. Berger in Comment. de Vsu Action. P. II. §. 1 führt freylich ein Beyspiel an, da der Vater wegen seines zum Stehlen verleiteten Sohns gegen den Verführer mit dieser Klage auf den doppelten Ersatz des erlittenen Diebstahls habe klagen können. Das können alle sagen, welche den Vsum Actionum poenalium privatarum noch behaupten.

Drittes Buch.

Tit. XXV.

De Criminibus popularibus.

§. 1.

Actio popularis heißt diejenige, welche einem jeden aus dem Volke zustund, auf die Strafe, welche auf gewisse Verbrechen gesetzt war, zu klagen, mithin konnte Actione populari der Beschädigte nicht wohl allein klagen, sondern ganz ein anderer, wer es nur war, konnte ein solches Crimen angeben, und den Verbrecher anklagen, und auf eine Strafe für sich klagen. Solche Delicta popularia unterschieden sich also von den privatis und kommen den publicis sehr nahe. Deswegen werden sie beschrieben, daß sie diejenigen Verbrechen sind, durch welche die öffentliche Wohlfahrt und Ruhe angegriffen wird, und die deswegen von jedem tauglichen Gliede des Staats (e populo) dahin angeklagt werden können, daß dem Ankläger nach bevestigtem Kriege Rechtens die gesetzmäßige Strafe, dem Fiscus aber eine willkührliche zuerkannt werden möge. Sie können auch wieder eingetheilt werden in Ordinaria und Extraordinaria. Jene haben eine in den Gesetzen bestimmte Strafe, dieser Bestrafung wird dem Richter überlassen. So war Actio popularis, quae dabatur de Albo corrupto ad poenam, welche auch heut zu Tage noch von einigen für gebräuchlich gehalten wird. Wenn nämlich der Prätor Edicta auf der weißgemachten Tafel, welche Album hieß, bekannt machte, und einer daran etwas verdarb, so competirte einem jeden Actio de Albo corrupto ad poenam 500 aureorum, und zwar um deswillen, weil jedermann daran gelegen war, daß sich niemand an dem Albo Praetoris vergreifen möchte, indem das Ansehen des Praetoris hierunter selbst mit litt. Woraus überhaupt erhellet, wann eine Actio popularis statt gefunden hat? Nemlich in dem Falle, da ein Crimen verübt wurde, wodurch die allgemeine Wohlfahrt beeinträchtigt war, und also, wobey alle interessirt waren, daß es bestraft werden möchte Allein bey uns fällt dieses weg, wir können keine solche Actiones populares mehr haben, denn diese Actiones populares rührten von dem besondern modo procedendi der Römer, nämlich von dem Accusationsprocesse, und von den Poenis privatis, welche den Laesis applicirt wurden, her, indem heut zu Tage meistens die Poenae privatae ab-

und

und ad Fiscum gekommen, auch der Accusationsproceß aufgehört hat, und in einen Inquisitionsproceß verwandelt worden ist. Bey den Römern waren gewisse Geldstrafen gesetzt, diese reitzten den Kläger, weil es ihm nützlich war. Bey uns aber sind solche Geldstrafen nicht üblich. Wenn also ein Kläger noch solche Actiones populares anstellen wollte, bekäme er doch nichts. Deswegen unterbleibt es. Man giebt zwar den Denuncianten bisweilen Belohnungen, diese sind aber nicht gleich eine Actio popularis.

§. 2.

Heut zu Tage klagt also nur der Beschädigte, und zwar auf Ersetzung des Schadens. Dabey aber kann er freylich auch bitten, daß der Beschädiger von dem Richter zu gebührender Strafe gezogen werden möge. Sonst aber, wenn auch ein Crimen Publicum verübt worden ist, braucht man sich deswegen nicht in einen Anklagsproceß einzulassen, sondern wenn dergleichen Crimina vorkommen, bey denen jedermann interessirt ist, daß sie bestraft werden, denuncirt man sie bey dem Richter, dadurch wird der Fiscal excitirt, dieser klagt dann, und auf sein Klaglibell oder auf seine Anklage verfährt der Richter ferner, welcher Modus procedendi aus dem Jure Canonico entstanden ist. Das ist eben etwas besondres. Der Inquisitionsproceß hat einen gar schlechten Ursprung, nämlich er rühret von der Verfolgung der vermeynten Ketzer her, mit denen man viel kürzer zurecht zu kommen vermeynte, wenn man den Inquisitionsproceß aufbrächte, als den alten Accusationsproceß beybehielte. In der That war es auch an dem, denn der Proceß ist viel kürzer. Obgleich daher der Irrthum von Verfolgung der Ketzer erkannt worden, so hat man doch zugleich den Vorzug des Untersuchungs- vor dem Anklagsproceß erkannt, wie denn Thomasius in einer besondern Dissertation de Origine Processus Inquisitorii in Germania diese Vorzüglichkeit ausgeführt und den Ursprung auf eben diese Weise, als jetzt angeführt worden, beschrieben hat, wie er nämlich einen gar schlimmen Ursprung gehabt, nachmals aber so wohl und nützlich habe gebraucht werden können, und um deswillen auch beybehalten worden sey.

So wird es insbesondere auch heut zu Tage bey denen, welche landesherrliche Verordnungen betasten, abreissen, gehalten. Ja sie begehen das Verbrechen der beleidigten Landeshoheit, weshalben eine Lebensstrafe zuerkannt werden kann. Sonst hat Gefängnis, Vestungsbau, oder Auspeitschen statt.

Drittes Buch

Tit. XXVI.

De quasi Delictis.

§. 1.

Quasi Delicta heissen nach dem gewöhnlichen Sinne diejenigen Verbrechen, welche aus einer blosen Nachläßigkeit entstehen. Denn die vera Delicta entstehen aus Vorsatz. Eben deswegen heissen jene quasi Delicta, weil sie keine vera Delicta sind. Nun sind einige, die meynen, es müsse bey einem quasi Delicto eine Culpa imputata seyn, d. i. eines Andern Delictum unserm Versehen beygemessen werden. Es ist aber nicht an dem, denn z. B. das quasi Delictum eines aus Unwissenheit übelrichtenden Richters gründet sich auf keiner Culpa imputata, d. i. in eines Andern Verbrechen, das einem solchen Richter nur imputirt würde, sondern es ist sein eigenes Versehen. Es werden aber solche durch Nachläßigkeit zugefügte Beschädigungen erfordert, welche nicht in Contractu zugefügt worden sind. Denn sonst klagt man auf diese ex Contractu, wohingegen man hier ex quasi Delicto klagt. Man begreift hiebey leicht, warum ein Verbrechen z. B. damnum injuria datum bald ein verum Delictum, bald aber ein quasi Delictum werden könne. (Schon einmal ist erinnert worden, daß quasi Delictum nach dem römischen Rechte diejenige Handlung hieß, die zwar an sich für kein Verbrechen gehalten wurde, dessen ungeachtet aber die nämliche Wirkung, Bestrafung nämlich, nach sich zog.)

§. 2.

Dahin gehört nun der in einem Schiffe, Gasthofe oder Stalle zugefügte Schaden, z. B. Diebstahl. Wenn durch eines Wirths Gesinde, oder durch eines Schiffmanns Leute, die er auf dem Schiffe zu seinen Diensten gebraucht, den Reisenden Schaden zugefügt wird, so muß der Schiffmann oder Wirth dafür stehen, warum? Antw. Weil es ihm beyzumessen ist, daß er dergleichen liederliches Gesinde hält, welchen die Reisenden nicht trauen können, da solche einen leicht bestehlen. Da kann denn der Wirth, Schiffer ꝛc. ex quasi Delicto belangt werden. Man kann sich freylich auch selbst an das Gesinde halten,

und

und zwar mit der Actione Legis Aquiliae, das hat aber manchmal nichts, oder ist davon gelaufen. Hier wird also der Schade des Gesindes dem Versehen des Herrn zugerechnet. Wenn daher auch ein Schade von solchem Gesinde den Reisenden durch Nachläßigkeit widerfähret, so muß auch diese Culpa aliena dem Schiffer, Wirth oder Stallhalter zugerechnet werden. Hier ist also freylich an dem, daß Culpa imputata der Grund des quasi Delicti ist. Es ist aber kein allgemeiner Grundsatz. Soll nun aber in diesen Fällen ex quasi Delicto z. B. der Wirth belangt werden, so muß erwiesen werden können, daß der Schade durch niemand anders als sein Gesind zugefügt worden ist. Sollte z. B. ein Reisender den andern bestohlen haben, so kann der Wirth nicht dafür. Von wem nun der Schade zugefügt worden ist, das kann man nicht wissen, und also muß derjenige, der Schaden erlitten, denselben und dabey genau erweisen, daß es jemand von des Wirths Leuten gestohlen hat. Es muß auch der Schade im Schiffe, Gasthofe oder Stalle, nicht aber auf der Landstraße begangen seyn, und zwar von dem, den der Wirth oder Schiffer zur Aufsicht bestellt hat. Jure Romano konnte man auf das Duplum klagen, allein heut zu Tage sind die Actiones Duplares, da man nämlich auf das Duplum klagen kann, abgekommen, denn sie gehen auf eine Poenam privatam. Solchemnach klagt man heut zu Tage blos ad simplum, nämlich auf die Schadensersetzung, und eine nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Strafe. Denn wenn es auch eine Geldstrafe ist, so bekommt sie doch der Fiscus.

§. 3.

Es entsteht auch ein quasi Delictum aus dem Auswerfen oder Schütten aus unserm Hause. Es hat einer Leute zur Miethe in sein Haus genommen, diese begießen einen Vorbeygehenden bey Tage oder bey der Nacht, oder schmeissen etwas hinaus, wodurch sie einem Vorbeygehenden Schaden thun, so wird dieses wieder dem Locatori imputirt, d. i. demjenigen, der dergleichen unachtsame Leute in sein Haus genommen hat, er mag nun der Eigenthümer oder aber sonst ein Vermiether seyn. Wenn es also auch blos aus Verschulden geschehen seyn sollte, so wird dieselbe dem Locatori beygemessen, und macht diese Nachläßigkeit in ihm ein quasi Delictum, woraus er belangt werden kann, den Schaden zu ersetzen. Und zwar wenn zwey Brüder ein ganzes Stockwerk gemiethet haben, und von einem etwas ausgegossen wird, so kann man sich halten, an welchen man will, doch kann der bezahlende Bruder die Hälfte vom andern zurückfordern. Bewohnen aber mehrere ein Haus abgetheilt, so kann man nur gegen den, aus dessen Antheil ausgeschüttet worden ist, klagen. Es kann aber freylich der Beschädigte sich auch gleich an die Miethsleute selbst hal-

ten, wenn er weiß, wer es gethan hat. Das kann er aber nicht immer wissen, denn es wohnen bisweilen viele Leute in einem Hause in verschiedenen Stockwerken beysammen, daß man nicht weiß, aus welchem Stocke es gekommen ist, mithin wäre es viel zu weitläuftig, sich blos Actione Legis Aquiliae an die Conductores halten zu können, sondern es werden sogleich die Locatores angegriffen, und wird gegen sie ex quasi Delicto agirt. Die Strafe nun ist wieder willkührlich, gemeinglich eine Geldstrafe. Wenn hingegen derjenige, welcher etwas heruntergießen oder werfen will, ein Zeichen giebt oder ruft, daß sich der Andere in Acht nehmen könne, so ist er von aller Verantwortung frey. Gleichwie nun der Grund bey dieser Klage nicht die Ausschüttung oder Auswerfung, sondern die Nachläßigkeit des Hausvaters in seinem Hause ist, also kann der Vater aus diesem Vergehen zwar belangt werden, wenn der Sohn bey ihm wohnet und etwas zu Andrer Schaden ausgegossen oder ausgeworfen hat, mit nichten aber, wenn der Sohn auf Universitäten sich aufhält und so etwas gethan hat. Eben so gehöret auch hieher die Actio de *posito aut suspenso*, die auch aus einem quasi Delicto herrühret. Z. B. wenn ein Giebel, der sehr gefährlich ist, und alle Augenblicke den Herabfall drohet, über eine Straße hängt, wo gemeiniglich gegangen wird, so setzt er alle Vorbeygehende in die gröste Gefahr, und dadurch vergeht sich der Eigenthümer, nicht aber aus Absicht, sondern es ist ein Versehen von ihm, daß er so etwas gefährliches, welches von seinem Hause über die Straße herüberragt, nicht ausbessern oder bauen läßt, und die Vorbeygehenden in Sicherheit setzt. Hier ist Culpa propria das Fundamentum. Es kann auch Culpa aliena den Grund abgeben, wenn nämlich Miethsleute so etwas gefährliches über die Straße heraushängen haben. Da kann man denn sich gleich an den Vermiether wegen des Andern Nachläßigkeit, die jenem zugemessen werden kann, halten, und ihn also ex quasi Delicto belangen. Das ist aber nicht an dem, was Struv sagt: daß heut zu Tage allein der Schade ersetzt und eine willkührliche Strafe zuerkannt werde. Denn es ist ja noch kein Schade zugefügt, und das wird eben hier erfordert, daß einer noch wirklich keinen Schaden gethan, sondern nur die Vorbeygehenden in Gefahr gesetzt habe. Diese Klage wird nur zur Vorsicht angestellt, Actio aber de his, qui effuderint, wird angestellt, wenn der Schaden schon geschehen ist. Heut zu Tage gebraucht man auch in dergleichen Fällen Mandata poenalia. Man denuncirt es der Obrigkeit, und die giebt ein Mandatum, dergleichen Sachen wegzuschaffen oder repariren zu lassen, und wenn man es doch nicht wegschaffen will, so ergeht ein Mandatum arctius, und endlich wird, wenn der Beklagte halsstarrig bleibt, er auf die Strafe exequirt.

§. 4.

§. 4.

Ein quasi Delictum ist ferner auch Annahme einer Sache aus einem schändlichen Grunde. Wenn einer etwas von einem Andern wegen eines zu unterlassenden oder zu begehenden Verbrechens annimmt, so heißt es turpis causa, z. B. ich gebe dem Mevius ein Stück Geld, daß er dem Sempronius keinen ungegründeten Proceß, wie er im Sinne hat, über den Hals ziehen solle, und er nimmt es an, so heißt solches Acceptio ob turpem causam. Er weiß, daß er in seiner Absicht nicht begründet ist, und ihn nur mit seinem Processe herumziehen will, daher davon freywillig abstehen sollte. Thut er es nun nicht, so vergeht er sich schon dadurch, daß er etwas angenommen hat, um sich nicht zu vergehen. Daher kann er auf den Ersatz belangt werden. Wenn er z. B. das Geld angenommen hat, und auf den Proceß Verzicht thut, so kann man nachdem doch das Geld wieder von ihm fordern. Dazu aber hat man also eine Klage nöthig gehabt, und diese heißt Condictio ob turpem causam. Turpis Causa besteht also in einem Delicto vel quasi, da man sich gegen Billigkeit und Anständigkeit verfehlt.

§. 5.

Es ist also Condictio ob turpem Causam diejenige, wodurch man das wieder zurückverlangen kann, was der Andere ob turpem Causam von uns erhalten hat, z. B. wenn ihm etwas gegeben worden ist, daß er keinen Kirchenraub oder Mord begehen soll. Das kann er nicht behalten, weil er es ob turpem Causam empfangen hat, denn sonst würde ihm sein Verbrechen einen Vortheil bringen, und es heißt doch: Die Rechte begünstigen niemals ein Verbrechen. Er ist der natürlichen Billigkeit gemäß verbunden, mir es wieder zu geben, denn er hat gar keinen Titel. So ist es auch blos für den Annehmer eine Schande, wenn er etwas annimmt, damit er dasjenige, was er aus einem Vertrage oder Verbrechen halber zurückzugeben gehalten ist, zurückgeben möge. Z. B. Mevius lehnt dem Sempronius sein Pferd ab, Sempronius aber will ihm das Pferd nicht wieder geben, und doch hat er es höchst nöthig, es geht auch gut, daß es ihm also nicht gleich viel gilt, wenn er ein andres dafür bekommen sollte, hingegen bietet ihm der Andre 20 Rthlr. dafür, die er auch annimmt, so ist hier Acceptio ob turpem Causam. Denn er sollte für sich das Pferd wieder ex commodato restituiren, und ist schändlich, daß da er ex Contractu das Pferd restituiren sollte, ihm doch noch etwas dafür gegeben werden müssen, damit er nur seiner Verbindlichkeit ein Genügen thun möge. Dadurch vergeht er sich gleichsam, und darauf geht nun

auch Condictio ob turpem Causam, daß wenn man ihm etwas gegeben hat, das Pferd zurückzugeben, und er darauf das Pferd restituirt, man ihm hernach das wieder abfordern kann, was man ihm gegeben hat.

§. 6.

Nicht aber hat diese Condictio statt, wenn auf beyden Seiten etwas Schändliches mit unterläuft, z. B. wenn ich dem Andern Kommission und Geld gebe, statt meiner den Titius abzuprügeln. Es giebt Mevius einer Hure einen Louisdor, und gebraucht sie dafür, darauf möchte er gerne seinen Louisdor wieder zurück haben, so kann er sie Condictione ob turpem Causam nicht wieder fordern und sagen, die Hure hat sie ob turpem Causam angenommen, als einen Hurenlohn, der ihr nicht gebührt. Denn hier ist eine Turpitudo auf beyden Seiten, und das hieße seine eigne Schande aufdecken. Wem ist aber unbekannt, daß man einem, der seine eigene Schande aufdeckt, weder glaubt, noch ihn weiters anhört? Also kann man auch einen solchen Kläger gar nicht mit der Condictione ob turpem Causam anhören. Und es heißt auch bey gleicher Schändlichkeit: Des Besitzers Lage ist vorzüglicher, als des andern Theils. Unterdessen heut zu Tage, ob er gleich Condictione ob turpem Causam nicht wieder zurückfordern kann, was er auch ob turpem Causam weggegeben hat, kann es doch der Fiscus wegnehmen. Die Hure kann das Gegebene nicht behalten, der Dans ob turpem Causam kann es aber zu seiner Strafe auch nicht wieder bekommen, also fällt es dem Fisco heim. So ist es auch bey dem Spielen. Das Spielen war bey den Römern überhaupt verbothen, ausgenommen was die Ludos artis anbetrift. Wenn demnach einer an den Andern etwas verspielt hatte, konnte ers Condictione ob turpem Causam nicht wieder fordern, denn hier war die Schändlichkeit von beyden Theilen vorhanden. Er müßte ja anführen, daß er verspielt hätte, und also propriam turpitudinem allegiren. Das geht nun aber bey uns nicht mehr an, daß in dem Falle der Fiscus sollte einziehen können, was man verspielt, und der Andere ob turpem Causam angenommen hat. Denn bey uns sind die Spiele gewöhnlich nicht verbothen, wohl also bey verbothenen Spielen geht es noch an. Wenn einer in einem verbothenen Spiele etwas sollte verlohren haben, und er will es Condictione ob turpem Causam wieder haben, so ist der Richter gar wohl damit zufrieden. Denn so weiß er, daß auf verbothene Weise gespielt worden, und also was verspielt worden ist, das zieht er an sich, und bekömmt der Kläger nichts. Denn der deckt auch heut zu Tage seine eigene Schande auf, wenn er sich beschweren will, und wird also mit seiner Condictione nicht gehört, weil die Condictio ob turpem Causam blos aus einer aus der Billigkeit entstandenen

Ver-

Verbindlichkeit zum Ersatz herrührt. Eben so ist es auch in dem Falle, wenn einer einem Richter Geld gegeben hat, um ihn bey einem Processe zu bestechen, und er wollte nachher das Geld ihm wieder abfordern, und zwar um deswillen, weil er es ob turpem Causam angenommen habe, um ihm bey einer schlimmen Sache Recht zu sprechen. Da ist Turpitudo wieder von beyden Seiten vorhanden, und kann der Libell wieder nicht anders eingerichtet werden, als er muß sich in propria turpitudine fundiren. Wie es nun beym Spiele gehalten wird, so wird es auch bey dem zum Spiele entlehnten Geld gehalten. Ist das Spiel verbothen, und man hat dem Andern etwas dazu gelehnt, so ist auch dieses verlohren und kann nicht gefordert werden, denn man müßte wieder propriam turpitudinem allegiren. Ist hingegen das Spiel nicht verbothen, so kann auch derjenige, der einem etwas zum Spiele vorgeschossen hat, es sicher wieder von ihm fordern.

§. 7.

Es ist noch der Fall übrig, da der Richter aus Unwissenheit oder durch Nachläßigkeit übel gesprochen hat. Uebel gesprochen hat dann der Richter, wenn er gegen Gesetze, Gewohnheit oder die Akten gesprochen hat. Er hat zwar keinen Vorsatz, den Andern zu beleidigen, hingegen ist er nachläßig gewesen, die Acta durchzulesen, und hat auf die vorkommenden Umstände nicht genug Acht gehabt, mithin aus Irrthum gesprochen. Das ist ein quasi Delictum, weil der Error vincibilis und also auch culpabilis ist. Er kann also auch ex quasi Delicto belangt werden. Heut zu Tage aber kann man weder wegen der Aerzte noch der unwissenden Richter Klage führen, ausser es ist Vorsatz oder Partheylichkeit erweislich, sondern wenn der Richter übel gesprochen hat, wird appellirt und kann sich solchergestalt der Beschädigte durch die Appellation gegen die vom Richter zugefügte Beschwerde wieder helfen. Findet der Oberrichter, daß der Unterrichter allzu nachläßig sich bezeigt hat, und seine Nachläßigkeit allzugroß ist, so kann er denselben nach Ermessen zur Strafe ziehen. Man muß aber einen Unterschied machen inter Crimen Syndicatus et male judicati. Dort handelt er vorsetzlich gegen Recht und Gerechtigkeit, und wird deswegen hart gestraft. Allein heut zu Tage kömmt Actio ex Syndicatu selten vor, wo zumal ein Richter die Vermuthung für sich hat, und es sehr schwer hält, den Richter einer Bestechung zu überführen, da solche heimlich und sehr behutsam zu geschehen pflegt. Man läßt es am besten der Einsicht des Oberrichters über. Denn dieser muß die Akten wieder durchlesen, und kann also finden, wo der Unterrichter gefehlt hat, auch denselben um deswillen strafen, damit er sich bey andern dergleichen Vorfallenheiten besser in Acht nimmt.

Man kann hiebey nützlich gebrauchen Heise Diss. de Judice litem suam faciente und Marc. Rhode de eod. Argumento.

Drittes Buch.

Tit. XXVII.

De Actionibus noxalibus.

§. 1.

Actio noxalis heißt diejenige Klage, welche auf die Ersetzung eines Schadens geht, der einem von demjenigen zugefügt worden ist, der ihn nicht ersetzen kann, z. B. von einem unvernünftigen Viehe oder von einem vernünftigen Menschen, der aber nichts Eigenthümliches hat, oder von einer leblosen Sache. Einen solchen Schaden, den der Beschädiger nicht ersetzen kann, haben die Römer *noxam* genannt.

Die erste Actio noxalis ist, wenn ein Knecht eines andern einem Schaden gethan hatte. Des Titius Knecht siehet meinen Knecht reiten. Er ist ihm feind, läuft deswegen mit einer Mistgabel auf ihn zu und sticht das Pferd todt. Da muß mir Titius den Knecht noxae nomine als eigen übergeben, obgleich er als Herr nichts davon weiß. Denn der Knecht ist zwar ein Animal rationale, er hat aber nichts Eigenes, und also kann man sich auch an ihm nicht erholen. Unterdessen aber ist doch billig, daß sich der Beschädigte an ihn, als den Beschädiger, halten könne, denn überhaupt ist es billig, daß sich der Laesus an dasjenige, wovon die Beschädigung herkommt, halten kann, und also kann auch ein vom Knecht Beschädigter sich an den Knecht halten, der aber hat seinen Anschlag, der sich höher belaufen kann, als der Schaden beträgt, den er zugefügt hat. Solchemnach konnte er dem Herrn so schlechterdings nicht weggenommen werden, sondern der Herr konnte ihn losgeben, wenn er zur Schadloshaltung des Beschädigten angehalten werden sollte, das stund ihm frey. Denn da durch den Knecht jemand anders beschädigt worden, so mußte der Herr dafür stehen, und den Schaden ersetzen, wenn er den Knecht dem Beschädigten zur Schadloshaltung nicht herausgeben wollte. Der Herr hat zwar keine Schuld, der Laesus aber auch nicht, folglich konnte er sich an den Knecht halten,

halten, aber doch so, daß der Herr sich nicht darüber zu beschweren hatte, welches aber geschehen wäre, wenn er den Knecht verabfolgen lassen müssen, da er sich doch bereit bezeigt, den Schaden zu ersetzen, und der Knecht doch mehr werth war. Der Herr wurde also nicht alternative belangt, sondern das war ein Beneficium Domini, ob er lieber den Knecht dafür abgeben wollte. Das giebt uns die allgemeine Beschaffenheit der Actionum noxalium zu erkennen, daß man nämlich gegen den Herrn solcher Sachen auf die Schadensersetzung klagen kann, weil er den Nutzen von denselben hat, denn so mag er auch die Incommoda übernehmen, wohin gehört, wenn sie Schaden zugefügt haben sollten, und solcher zu ersetzen ist. Es steht aber dem Herrn frey, was er thun will, ob er den Schaden ersetzen, und die Sache nach wie vor behalten, oder ob er dieselbe dem Beschädigten losgeben will, denn so muß selbiger damit zufrieden seyn, weil er hauptsächlich nur an den Schadenzufügenden sich halten kann. Heut zu Tage hat man diese Klagen nicht mehr, weil wir keine solche Knechte mehr haben, und solchergestalt haben sie mit der Knechtschaft selbst aufgehört, ausser man wolle sie auf die türkischen Sklaven anwenden. Sie kömmt mit der Actione de Pauperie völlig überein. Und in so weit diese noch heut zu Tage statt hat, kann man bey jenen einen usum hodiernum annehmen. Heut zu Tage, wenn ein Bedienter etwas versieht, und einem Andern Schaden thut, so hat er es entweder für sich oder auf Geheiß seines Herrn gethan. Hat ers für sich gethan, so kann er belangt werden, denn er hat heut zu Tage etwas eigenes, und kann auch vor Gericht erscheinen. Hat er es aber auf Geheiß seines Herrn gethan, so kann man auch gleich gegen den Herrn selbst klagen. Es hätte z. B. ein Studentendiener auf Geheiß seines Herrn einem die Fenster eingeschmissen, so kann man, wenn der Junge etwas hat, sich an ihn halten, hat er aber nichts, so daß man sich an ihn nicht halten kann, oder es steht einem nicht an, so kann man auch zugleich gegen den Herrn, als den Gewaltgeber, klagen.

§. 2.

Was nun Actionem de Pauperie in specie belangt, so heißt *Pauperies* so viel, als ein Schade, der durch ein unvernünftiges Thier zugefügt worden ist. Des Nevius Ochse stößt z. B des Andern sein Pferd dergestalt, daß es fällt, oder er thut dem Sempronius Schaden, indem er etwa auf ihn zuläuft, und ihn an einem Beine, oder auch wohl gar am Leibe beschädiget, daß er viel in die Apotheke und den Wundärzten geben muß, so heißt der Schade, der hier von dem Ochsen zugefügt worden ist, *Pauperies*. Nun muß dieser Schade dem Beschädigten ersetzt werden. Die Klage, welche zur Ersetzung

eines

eines solchen von einem unvernünftigen Thiere des Andern zugefügten Schadens gegeben ist, heißt Actio de Pauperie, und findet also gegen den Herrn des Thiers statt. Den belangt man, da sein Thier Schaden gethan hat, daß er denselben ersetzen soll, da er von dem Thiere auch Nutzen hat. Unterdessen ist er nicht Schuld daran, das wird vorausgesetzt, sondern der Schade rührt lediglich von dem Thiere her. Solchemnach kann der Herr darunter nicht leiden. Hingegen der Beschädigte kann sich doch nach allem Rechte und Billigkeit an das Thier, das ihm den Schaden zugefügt hat, halten, und also muß ihm entweder das Thier herausgegeben werden, zur Ersetzung seines Schadens, oder der Andre muß ihm den Schaden ersetzen, wenn der Eigenthümer das Thier lieber behalten will, wozu er seine Ursachen haben kann, wenn es etwa mehr werth ist, als die Ersetzung des Schadens beträgt, die sich auf eine Kleinigkeit belaufen kann. Es hat daher der Herr die Wahl, entweder das Thier herauszugeben, oder den Schaden zu ersetzen, und heißt *noxae dare animal* so viel, als das Thier dem Beschädigten zur Ersetzung seines Schadens losgeben. Eigentlich aber klagt man auch hier, wie überhaupt bey Actionibus noxalibus, gegen den Eigenthümer auf Ersetzung des erlittenen Schadens, welches auf die Weise geschehen kann, wenn er ihm den Ersatz an Geld macht, oder wenn er ihm das Vieh herausgiebt, daß er sich selbst daran erholen kann, so viel es angeht. Das erfordert aber, daß der Schade blos von dem Thier herrühre, und von keines Andern Schuld, sonst hält man sich an denselben, oder an den Nachläßigen. Z. B. des Mevius Pferd schlägt aus, und schlägt eines Andern Pferd dergestalt, daß es einen großen Schaden dadurch bekömmt, es kömmt aber daher, weil Sempronius das Pferd allzusehr geplagt hat, da ist der Schade vielmehr dem Sempronius, als dem Thiere beyzumessen, es findet also auch Actio noxalis nicht statt, sondern derjenige, von dessen Nachläßigkeit der Schade herrühret, muß ihn auch ersetzen. Eben so ist es, wenn einer einen Hund zu schlagen drohet oder ihm sonst Possen macht, daß er einen beißt. Da heißt es: Damnum quod quis sua Culpa sentit, sentire non videtur. Ist also eines Dritten Nachläßigkeit Ursache des Schadens, so hat Actio Legis Aquiliae gegen denselben statt. Und eben so wird erfordert, daß es ein Schade sey, den ein solches unvernünftiges Thier gegen seine Natur und Gewohnheit zugefügt hat. Denn sonst wenn es einen Schaden seiner Natur nach zufügt, und es hat sich Einer nicht davor in Acht genommen, so hat er es sich selbst beyzumessen, und kann dem Herrn des unvernünftigen Thiers nichts zur Last gelegt werden. Z B. es hat einer einen Wolf an einer Kette liegen, nun wagt sich einer dem Wolfe zu nahe, daß ihn der Wolf beißt, oder er sonst einen großen Schaden davon bekömmt, z. B. er zerreißt ihm die Kleider, so

kann

kann der Herr des Wolfs Actione de Pauperie nicht belangt werden. Denn diese erfordert einen Schaden, den das Thier wider seine Natur zugefügt hat. Davor kann man sich in Acht nehmen. Wenn man weiß, ein Thier thut einen Schaden seiner Natur nach, und man nimmt sich nicht davor in Acht, so hat man sich den Schaden mehr als dem Thier beyzumessen. Ist auch ein Thier der Urheber des Streits mit dem andern, so kann man um dieses an seinen Herrn nicht kommen. Des Titius Ochse stößt gegen meinen, der meinige wehrt sich und stößt jenen über den Haufen. Kann Titius Actionem de Pauperie gegen mich anstellen? Antw. Nein, denn sein Ochse war der Urheber des Streits. Und ob es gleich widersinnisch scheint, so wird doch in Praxi es also gehalten, nämlich Titius bekömmt nichts. Das Rubrum Tituli Pandectarum, si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur, lautet zwar nur de Quadrupedibus, welches Wort von einem jeden vierfüßigen Thiere genommen wird, das zahm ist, z. B. Hund, Pferd, Ochse, allein vermöge des gleichen Grunds kann auch bey andern Thieren diese Klage statt haben. Mein Nachbar hat z. B. einen großen Truthahn, der fliegt über die Planken in meinen Hof, und beißt mir verschiedene andere Hühner todt, da steht mir Actio utilis de Pauperie gegen den Nachbar zu. Eine Gattung der Actionis de Pauperie ist auch die Actio de Paſtu. Des Titius Kuh läuft z. B. auf des Andern seine Felder, und thut ihm an seiner Weide großen Schaden, da kann man den Herrn Actione de Paſtu belangen, den zugefügten Schaden zu ersetzen. Sonst kann man es aber auch pfänden, uud von der Wiese so lange wegnehmen, bis der Herr den Schaden ersetzt hat. Da muß man aber das Vieh von der Wiese wegnehmen, sonst geht es nicht an, wenn es z. B. schon wieder von der Wiese weg und in den Stall gebracht ist. Denn nur auf der Stelle wird Selbsthülfe geduldet Aber eben deswegen ist genug, wenn nur der Anfang der Pfändung auf meinem Acker geschehen ist, ob ich solches gleich verfolge und erst auf des Nachbars Grund und Boden erhasche. Auch darf das Thier nicht überall von dem Pfändenden behalten werden, sondern muß sogleich dem Richter abgeliefert werden, welcher es so lange behält, bis der Schade dem Eigenthümer des Feldes ersetzt worden ist. Ich kann auch nur diejenigen Schaafe, so auf meinen Feldern erwischt werden, wegnehmen, nicht aber andere von ebenderselben Heerde. Stryck in Diſſ. de Jure Pignorandi, welche Dissert. den Landleuten zu gut ins Teutsche übersetzt worden ist. Sonst hat auch Thomas einen Traktat de Noxa Animalium geschrieben.

§. 3.

Die Actio noxalis findet nicht nur statt, wenn von einem Thiere ein Schaden zugefügt wird, sondern auch, wenn ein Schade von einer leblosen Sache einem zugefügt wird. Z. B. des Titius Scheure fällt ein, oder der Wind schmeißt mir das Dach herunter, das fällt ihm auf sein Dach und schmeißt das mit ein, das ist ein von leblosen Dingen ohne unser Verschulden zugefügter Schade. Auch solche leblose Sachen kann ihr Eigenthümer dem Beschädigten überlassen, und dadurch sich von aller Schadensersetzung losmachen. Dem Herrn der Scheure kann nichts imputirt werden. Unterdessen kann sich ein Beschädigter an dasjenige, was ihm Schaden gethan, halten, und durch dasselbe zu seiner Satisfaction wieder zu gelangen suchen. Also kann auch der durch einen von eines Andern Gebäude zugefügten Schaden Beschädigte sich daran halten, so lange, bis ihm der Schade wieder ersetzt ist, dergestalt, daß ihm der Herr alle Rudera, die da sind, lassen muß. Schadensersetzung aber selbst kann er von dem Herrn nicht verlangen, wenn er die Rudera nicht wieder wegnehmen und das Haus wieder aufbauen will. Denn es kann auch wohl der Schade so groß nicht seyn, daß einer um deswillen alle Baumaterialien, Steine, Balken und dergleichen, was noch vorhanden ist, und wohl genutzt werden kann, missen wollte. Da ist der Beschädigte anzuhalten, die Rudera ihm zu überlassen Er muß sie aber auf seine Unkosten wegführen. Denn Rudera von eingefallenen Gebäuden wegzuführen, erfordert Kosten, und manchmal gar große. Daher behaupten die Doctores, daß nicht einmal der Beschädigte den Herrn anhalten könne, den Schutt wegzuführen, wenn er die Rudera missen will. Solchemnach ist der Herr nur zu einem oder andern verbunden. Will er mir die Rudera zukommen lassen, so habe ich kein Klagrecht, will er es nicht thun, so habe ich allerdings eine Klage. Man hat hiebey eine quasi noxae deditionem, dum Rudera quasi noxae dantur, wodurch auf veram noxam gedeutet wird. Zu dem Ende ist nun Cautio de Damno infecto, seu Damni infecti eingeführet worden. *Damnum infectum* heißt diejenige Beschädigung, die sich noch nicht wirklich zugetragen hat, sondern nur noch befürchtet wird. Wenn also Nevius ein so baufälliges Gebäude, z. B. einen gefährlichen Erker, einen gefährlichen Schornstein hat, so daß, wenn sie einfallen, sie dem Nachbar großen Schaden thun können, und doch, wenn sie einfallen, der Herr des Hauses zu Ersetzung des Schadens nicht angehalten werden, kann, so kann, da der Herr des Hauses den Nachbar ausser aller Gefahr setzen soll, ad Cautionem geklagt werden, daß nämlich der Herr eines solchen gefährlichen Hauses oder gefährlichen Theils an demselben caviren muß,

muß, es ausbessern zu lassen, und den Nachbar ausser aller Gefahr zu setzen, oder falls er Schaden davon hätte, ihm den Schaden zu ersetzen. Wenn nachher Schaden erfolgt, so kann der Herr sogleich auf die Ersetzung des zugefügten Schadens belangt werden. Solchemnach findet diese Cautio bey Gefahrdrohenden Haushaltungsgebäuden statt. Wenn sonst Schaden geschieht, so kann man sich an den Andern vermittelst des Interdicti, quod vi aut clam, halten. Wenn man hingegen einen Schaden befürchtet, und um deswillen den Andern angehalten hat, Caution zu prästiren, und der Schade trägt sich zu, so kann man sogleich wegen einer solchen Caution auf die Schadensersetzung klagen. Es wird aber erfordert, daß der, welcher sich vor der Gefährlichkeit durch die Caution bewahren will, auf des Gegners Verlangen durch den Eid der Bosheit sich von allem Verdachte der Ränksucht reinige. Doch kann er durch einen Augenschein des Gebäudes den Eid ablehnen. Die Cautio ist promissoria, weil einer ein Grundstück besitzt, ob es gleich baufällig ist. Besitzt einer hingegen in eines Andern Namen, z. B. der Pfandgläubiger in des Schuldners Namen, so muß Cautio fidejussoria oder durch Bürgen seyn. Alle Cautiones wurden ehehin per stipulationem verrichtet. Heut zu Tage aber ist nudum pactum verbindlich. Damit aber einer nicht auf unbestimmte Zeit verbunden bleibe, wird eine gewisse Zeit bestimmt, z. B. wenn binnen jetzt und einem Jahre es einfiele, so wolle er dafür stehen. Wenn es nun nicht eingefallen, doch aber noch gefährlich ist, soll man noch einmal Caution prästiren? Antw. Es kommt hier auf des Richters Ermessen an, denn es kann entweder die Furcht ungegründet, oder aber der Bau kann noch ärger geworden seyn. Im letztern Falle muß die Caution erneuert werden. Es kann aber geschehen, daß der Herr eines baufälligen Gebäudes sich zu caviren weigert, obleich ein Mandatum poenale vom Richter an ihn ergangen ist. In dem Falle war bey den Römern Immissio in aedes istiusmodi ruinosas gebräuchlich, welche anstatt eines Pfandrechts den Nachbarn zu ihrer Sicherheit diente. Allein heut zu Tage, wenn man den Andern ad Cautionem damni infecti anhalten, und er sie nicht prästiren will, wird die nicht geleistete Caution zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angesehen. Trägt sich also der Schade zu, der Schornstein fällt ein, so wird eben so, als wenn die Cautio prästirt worden wäre, der Herr zur Schadensersetzung angehalten, und es geht nicht an, daß er sagen kann, ich will dir die Steine und alles, woraus der Schornstein bestanden hat, überlassen, erhole dich daran, weil Cautio de damno infecto vorhanden ist. Auch dem, der aus rechtmäßiger Ursache, z. B. Abwesenheit, die Caution zu fordern, verhindert ist, ist dadurch geholfen, daß der Nachbar entweder das Eingefallene wegräumen, oder aber das ganze Gebäude

verlassen muß. Hier werden nicht nur die Rudera, sondern was noch übrig ist, zur Satisfaction überlassen. Aber was ist denn Rechtens, wenn man einen unersetzlichen Schaden befürchtet? Antw. Dann kann der Eigenthümer sogleich entweder zur Ausbesserung oder aber zur Verlassung des schadhaften Gebäudes belangt werden. Es kann aber auch einem noch auf andere Weise durch leblose Dinge ein Schaden zugefügt werden. Mevius hat z. B. auf seinem Hofe viel Holz stehen, nun kömmt eine Fluthe und schwemmt ihm alles Holz in des Lucius Garten weg, dadurch wird des Lucius Garten ganz verdorben, so fragt sichs, wie sich Lucius gegen den Schaden helfen kann? Antw. Da ihm der Schade durch das Holz geschehen ist, und ihm das Holz den Schaden nicht ersetzen kann, so hält er sich an das Holz so lange, bis der Herr des Holzes den Schaden ersetzen will. Beläuft sich das Holz auf mehr, als der zugefügte Schade, so kann dem Herrn nicht zugemuthet werden, das Holz zu missen, der Andere kann ja weiter nichts, als die Ersetzung des ihm zugefügten Schadens fordern. Alsdann findet demnach die Zurückforderung des Holzes statt, wenn der Herr den Schaden, der durch sein Holz zugefügt worden, ersetzt oder cavirt hat. Man kann hiebey nützlich gebrauchen Georg Engelbrechts Diss. de Cautione damni infecti, Suggrundiis, Wetterdächer, Protectionibus, Erker. Eigentlich geht zwar diese Cautio auf schadhafte Gebäude, der Grund des Gesetzes aber erstreckt sich auch auf andere Fälle. So kann wegen eines gefährlichen Ofens auch diese Caution verlangt werden, wovon mit mehrerm Stryck in Dissert. de Jure Furnorum handelt.

§. 4.

Gleichwie nun bey den Praediis urbanis Cautio damni infecti statt gefunden, so hat bey Feldgütern eine ähnliche Cautio und Klage eingeführt werden müssen, welche Actio *aquae pluviae arcendae* heißt. Diese ist dazu gegeben, daß derjenige, dem von des Andern verfertigten Werke in Ansehung des Regenwassers ein Schade auf seinem Gute bevorsteht, klagen kann, dieses angelegte Werk einzureissen. Hier wird auch wegen des bevorstehenden Schadens geklagt. Ich mache z. B. auf meinem Grund und Boden einen Damm, wodurch geschieht, daß wenn es regnet, alles Regenwasser mit der grösten Gewalt auf des Andern Acker oder Garten oder Weinberg unten abfliessen muß, so daß er den Acker nicht brauchen kann, welches nicht geschehen würde, wenn das Wasser hätte abfliessen können, wie es natürlicher Weise fließt. Das braucht der Nachbar des unten gelegenen Felds ohne eine Servitut nicht zu leiden, ob es zwar auch eine Servitutem naturalem giebt, die auf Praediis urbanis haftet, vermöge der der Herr eines untern Praedii das Regenwasser von

oben

oben herab darauf abfließen lassen muß. Allein wenn das nicht von der Natur herkömmt, sondern nur einer in dem Seinigen eine solche Veränderung vornehmen will, wovon dem Herrn eines andern Praedii großer Schaden bevorsteht, so steht diesem Actio aquae pluviae arcendae dahin zu, daß er bitten kann, daß Mevius, als der Beklagte, das Werk einreissen, z. B. den Damm einschmeissen muß, damit er der Gefahr vom Regenwasser nicht weiter ausgesetzt seyn möge. Das ist freylich eine Klage, die derjenigen, welche ob Cautionem de Damno infecto statt findet, sehr ähnlich ist. Es wird also bey dieser Klage ein Opus manufactum, ein Werk, so man in dem Seinigen gemacht hat, vorausgesetzt. Darauf geht die Actio den ausdrücklichen Worten der Gesetze nach. Hingegen kann aber auch durch Niederreissung eines Werks Schaden zugefügt werden, in dem Falle findet Actio aquae pluviae arcendae utilis statt. Z. B. Es hätte einer einen Damm auf seinem Acker gehabt, wodurch das Wasser bisher abgeleitet worden wäre. Nun aber wird der Damm eingerissen, z. B. durch Fluten, und es geschieht dadurch, daß das Wasser dem andern auf seinen Acker fließt und ihm großen Schaden thut, so kann man zwar dem Eigenthümer nicht zumuthen, daß er den Damm wieder aufbauen soll, den ihm das Wasser eingerissen hat. Unterdessen wenn er von seinem Nachbar den Schaden, der daher rühret, daß der Damm eingerissen worden ist, wieder ersetzt bekömmt, hat er vielmehr Nutzen als Schaden davon, und hingegen, wenn der Damm nicht wieder reparirt wird, hat der Nachbar Schaden davon. Also hat man aus dem Grundsatze: Was dir nicht schadet, dem Andern aber nützt, dazu kannst du angehalten werden, auch Actionem aquae pluviae arcendae utilem in dem Falle eingeräumt. Allein in dem Falle wird der Eigenthümer nur dahin angehalten, daß er leiden muß, daß der Damm ausgebessert wird. Es muß aber auf Kosten des Nachbars geschehen, und braucht der Herr nicht das geringste dazu beyzutragen. Diese Actio aquae pluviae arcendae nun ist personalis, denn sie entsteht aus des Andern Verbindlichkeit. Sie ist aber doch auch zugleich Actio in rem scripta, d. i. sie geht gegen einen jeden Besitzer dieses Praedii rustici, obgleich nicht er ein solches Werk darauf gemacht hat, sondern sein Vorfahrer. Z. B. es macht der Nachbar einen sehr gefährlichen Damm auf seinem Acker und verkauft ihn darauf dem Titius, so fragt sichs, ob sich der Nachbar Actione aquae pluviae arcendae an den Titius halten kann? Antw. Ja, ob es gleich eine Actio personalis ist. Denn es ist eine Actio in rem scripta, welche eine qualitatem Actionis realis erhalten hat. Es ist aber der Unterschied zu bemerken, daß derjenige, welcher ein solches Werk selbst angelegt hat, es auf eigene Kosten wegschaffen muß, sein Nachfolger hingegen blos leiden muß, daß es der

An-

Andere hinwegschaffe. Und so reißt es also der Kläger auf seine Kosten nieder, die er jedoch durch das Interdikt quod vi aut clam von dem Erbauer zurückfordern kann. Nicht aber hat diese Klage wegen eines zum Nutzen des Feldes angelegten Werks statt, z. B. daß er das Wasser aus seinem Felde abführen kann, oder wenn er das sonst auf mein Feld laufende Wasser für sein Feld einfaßt. Hat aber der Nachbar eine schädliche Absicht bey Anlegung seines Werks, so kann er allerdings belangt werden. Doch wird auch hier schädliche Absicht nicht vermuthet, sondern muß erwiesen werden, ausser er habe es blos aus Eifersucht gethan, welche man daraus abnimmt, wenn er etwas anlegt, das ihm nicht nützt, dem andern aber schadet. Um noch vielmehr also muß man gegen einen Pachter klagen können, wenn er, und nicht der Dominus, das Werk gemacht oder niedergerissen hat.

Drittes Buch.

Tit. XXVIII.

De publicis Judiciis.

§. 1.

Dieser Titel sollte vielmehr heissen de publicis Criminibus. Unterdessen weil man in Institutionibus den Titulum de publicis Judiciis hat, welches allda der allerletzte ist, so hat man diese Rubrike beybehalten. Denn in der That wird in diesem Titel nicht de publicis Judiciis, sondern de publicis Criminibus oder Delictis, die eigentlich Crimina heissen, gehandelt. Die Delicta privata nennt man eigentlich nicht Crimina, sondern nur die Delicta publica. Die Delicta privata nun werden den Delictis publicis entgegengesetzt, folglich kann man durch Entgegensetzung leicht erkennen, was Delicta publica sind. Delicta privata sind solche, wodurch unmittelbar Privati beleidigt werden, denn wenn Privati lädirt werden, so wird per indirectum auch das Publicum mit lädirt. Wenn aber das gemeine Wohl unmittelbar beschädigt wird, so heißt das ein Delictum publicum. Bey den Römern war deswegen auch einem jeden aus dem Volke erlaubt, wegen eines solchen Verbrechens den Schuldigen anzuklagen. Es ist auch durch ein Gesetz eine Strafe auf ein solches Verbrechen gesetzt, und die Strafe ist auch pro publica

blica gehalten worden, weil das Publicum lädirt worden, denn da hat man auch die Strafe zu des Publicums Genugthuung gezogen, da sonst die Poenae privatae waren, und dem beschädigten Privatmann zugesprochen wurden.

§. 2.

In dem römischen Freystaate wurde in Comitiis über diese Crimina geurtheilt, welches sich aber heut zu Tage ganz anders verhält. Denn heut zu Tage wird nicht mehr besonders vom Volke geklagt, sondern es thut dieses der Fiscal. Es ist auch der Anklagsproceß nicht mehr viel gebräuchlich, ausser an einigen Orten, wo der Fiscal der peinliche Ankläger ist. Im Anklagsproceß wird die gewöhnliche Gerichtsordnung beobachtet, die Klageschrift überreicht, auf die Klage sich eingelassen, und alles, was zum Wesen des Processes gehört, beobachtet, ausgenommen, daß hier auch ein ganz allgemeines Petitum zugelassen wird, z. B.: Peinlicher Ankläger bittet peinlich Angeklagten zur rechtlichen wohlverdienten Strafe zu ziehen, weil der Richter ohnedem weiß, was für eine Strafe darauf steht. Und weil es etwas sehr Hartes war, einen unschuldiger Weise eines Criminis halber zu belangen, und auf eine Poenam publicam anzuklagen, so war bey den Römern auch die Inscriptio in Crimina eingeführt, daß nämlich derjenige, der den Andern eines Criminis halber angeklagt hatte, sich verbindlich machen mußte, die Strafe, die auf das Crimen gesetzt ist, auf den Fall, wenn er als ein temerarius oder dolosus Accusator erfunden werden sollte, auszustehen. Denn weil ein Prämium darauf stund, so klagte man einen Unschuldigen öfters an. Da konnte der Ankläger aber statt des Praemii die Strafe davon tragen. Das ist aber auch heut zu Tage nicht mehr, denn es folgen viele schlimme Dinge daraus, und ist zu hart, einen auch propter dolosam accusationem auf eben die Art zu bestrafen, als wie der Andere wäre bestraft worden, wenn er dieses Criminis überführt worden wäre. Diese Strafe ist dem Verbrechen nicht angemessen. Deswegen fällt es bey uns weg, und wird heut zu Tage, wo auch Crimina vorkommen, nicht einmal erfordert, daß sie in einem Gesetze besonders bemerkt sind. Auch wird sogleich statt der Anklage die Denunciation gebraucht, und darauf ex Officio vom Richter die Untersuchung vorgenommen, und das Crimen von Obrigkeitswegen bestraft.

§. 3.

Hieher gehört nun vorzüglich das Verbrechen der beleidigten Majestät (*Crimen laesae Majestatis.*) Das Crimen laesae Majestatis heißt aber überhaupt dasjenige, welches gegen die höchste Gewalt des Staats verübt wird. Das kann nun

nun directe oder per indirectum verübt werden. *Directe*, wenn man einen Animum hostilem gegen den Staat bezeigt, und also etwas zu desselben Zerstörung oder Untergang im Sinne hat, z. B. wenn man einen Aufruhr anstiftet. Diese Art des Criminis laesae Majestatis nennt man Crimen Perduellionis, Hochverrath. Wenn z. B. ganze Provinzen abfallen, so wird immediate zum Untergange des Staats etwas beschlossen und wirklich *auch* vorgenommen, das heißt Crimen Perduellionis. Wenn es hingegen mittelbar geschieht, indem man etwas gegen das Leben des Fürsten, bey dem die Majestät ist, vornimmt, so heißt das Crimen Perduellionis mediatum. Es ist auch gleich viel, ob man etwas gegen des Fürsten Person vornimmt, oder wider diejenigen, die genau mit ihm vereinigt sind, z. B. wider seine Minister. Daher kann man auch ein Crimen laesae Majestatis an einem Minister des Fürsten verüben, der als pars corporis Principis angesehen wird. Denn ein Minister ist höchst nöthig in einem Lande, so daß manchmal der Fürst ohne einen Minister nichts thun kann. Mithin ist es so viel in der That und in Rücksicht auf den Staat, wenn man sich an ihm vergreift, als wenn man sich an dem Fürsten selbst vergreift. Es wird daher inter Crimen *verae* Perduellionis et *quasi* ein Unterschied gemacht. Dieses begeht man in dem Falle, wenn einer einem fürstlichen Minister nach dem Leben steht, und sagt man quasi, weil die Strafe nicht so groß ist, als bey jenem, obwohl die Schwerdstrafe statt hat, jedoch fällt Unehrlichkeit der Familie und Gütereinziehung weg. Es hat Karl der IV dieses in der Aurea Bulla in Ansehung der Churfürsten verordnet, daß wenn gegen sie ein Crimen laesae Majestatis verübt wird, es zugleich gegen den Kaiser verübt würde, da sie als Räthe des Kaisers angesehen, und daher oculi et manus Imperatoris genennt werden. Deßwegen werden in diesem Falle auch alle Güter, welche auf dem Reichsboden sind, eingezogen. Es ist solches nachher auf jeden Landesherrn erstreckt worden, nur mit dem Unterschiede, daß gegen Churfürsten auch ein Crimen laesae Majestatis von denen, die ihre Unterthanen nicht sind, verübt werden kann. Wohingegen das Crimen Perduellionis bey den Landesherren Unterthanen voraussetzt. Und es werden nur die Güter, die in des beleidigten Landesherrn Gebiete liegen, eingezogen. Allodialia fallen dem Landesherrn, Feudalia dem Lehenherrn heim. Es hängt das Crimen Perduellionis davon ab, daß die ganze Treue, womit ein Unterthan seinem Herrn verpflichtet ist, aufgehoben wird, indem derselbe seine Wohlfahrt zu befördern, und allen Schaden abzuwenden verpflichtet ist. Da nun bey Ausländern diese Pflichten wegfallen, so schränkt es sich auf Unterthanen ein. Ein Ausländer, der den Fürsten gröblich beleidigt hat, kann wohl gestraft werden, aber nicht als ein Majestätsschänder, und also noch

weniger

weniger seine Familie. Endlich ist zu merken, daß bey Einziehung des Vermögens erst die Schulden abgezogen werden müssen. Denn erst nach diesem Abzug ist der Ueberrest wahres Vermögen. Wegen der so schlimmen Folgen dieses Verbrechens ist in den Gesetzen die besondere Verordnung gemacht worden, daß auch ein Anschlag oder Verschweigung des bekannt gewordenen Vorhabens eben so, als wenn es vollbracht worden wäre, gestraft werden solle. Wenn einer nur gewußt hat, daß ein andrer was feindliches gegen den Staat, oder denjenigen, der ihn vorstellt, z. B. den Fürsten und seine geheime Räthe, vorhat, und verschweigt es oder zeigt es nicht an, so ist es schon ein Crimen Perduellionis, wenn er es nicht angezeigt hat. Und wenn auch einer nur einen Anschlag sollte gehabt haben, welcher dem Staat den Untergang hätte zuziehen können, den er aber noch nicht ausgeführt hat, so ist es schon ein Crimen Perduellionis. In l. ult. C. ad. l. Jul. Maj heißt dieses Verbrechen das lasterhafteste, *sceleratissimum*. Es kann auch desto eher verhütet werden, wenn man sogar das Stillschweigen und den Conatum bestraft. Conatus Delinquendi wird sonst niemals mit der Strafe belegt, welche auf das Delictum gesetzt ist. Hier aber hat einerley Strafe statt. Ein Commendant wird einer Verrätherey überführt, das ist eben so viel, als hätte er die Vestung übergeben. Wenn einer weiß, daß er ein Verbrechen begangen hat, ist er nicht schuldig es anzuzeigen, ausser den Strassenraub, Banditenmord und Morden unter Verwandten. Hier aber muß er es angeben, sonst wird er geköpft. Der Sohn des Thuani wußte vom Complot wider Mazarin, er mußte demnach sterben, ob er gleich nicht daran Theil hatte. Baldus sagt, Bartolus wäre wegen dieser ad l. 3. ff. ad L. Jul. Maj geäusserten Meynung in der Hölle. Allein diese Meynung ist schon vor vielen hundert Jahren angenommen worden, und weil durch die Entdeckung das Crimen hätte verhütet werden können, so ist ein solcher Schweigender Causa moralis. Dieser aber wird die Wirkung der physischen Ursache zugemessen. Ja, welche für solche überführte Verbrecher nur eine Vorbitte einlegen wollen, werden mit der Unehrlichwerdung bestraft.

§. 4.

Jenes Crimen heißt Perduellio, um durch solchen Namen zugleich auf die Sache zu deuten. Denn Duellum heißt soviel, als Bellum. Wer aber dieß Crimen Perduellionis verübt, der kündigt gleichsam dem Staat einen Krieg an, oder er führt sich gegen den Staat als einen Feind auf, und sucht ihm den Untergang zuzuziehen, welches mediate auch dadurch geschiehet, wenn man den Fürsten zu stürzen sucht, oder es mit den Feinden des Staats

hält. Kurz, man kann sagen, es wird begangen: 1) durch Verrätherey, 2) Aufruhr, 3) Verschwörung gegen die Person des Fürsten.

§. 5.

Die Strafe dieses Criminis ist die allerhärteste, nämlich die Viertheilung, nach der peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. Art. 124. Es wird ein solcher Mensch geviertheilt, welches bey den Römern schon darauf gesetzt war. Denn es ist viel ein schwereres Crimen noch, als der Strassenraub, indem gar viele Crimina und Latrocinia bey Gelegenheit dieses Verbrechens erfolgen können, da man doch sonst nur wegen eines Strassenraubs einen Menschen rädert. Daher ist auch die Strafe nicht genug, die an dem Körper eines Hochverräthers vollzogen wird, sondern es wird auch sein Andenken ausgelöscht, indem von dergleichen Scheusalen man nicht gern reden läßt, sondern besser ist, wenn sie vergessen werden. Deswegen wird an manchen Orten ihr Haus weggerissen, eine Schandsäule aufgerichtet, und ihr Wappen und Helm durch den Schinder zerbrochen, alles zur Vertilgung des Andenkens dieses Lasters. Das wird auch also gehalten, wenn gleich der Perduellis bey dem Aufruhr geblieben seyn sollte. Wenn er gleich todt ist, kann er dennoch zum Schelm erklärt, und seine Güter binnen fünf Jahren confiscirt werden, weiter erstrecket es sich nicht. Hernach ist es präscribirt. Ja es wird sogar die Strafe an seinen Kindern vollzogen, dadurch, daß sie erblos werden, obgleich eigentlich die Kinder dadurch nicht gestraft werden, sondern sich solches blos zufällig zuträgt, denn man nimmt dergleichen Personen ihre Güter weg, und confiscirt sie, damit sie nicht mächtig werden können. Bey den Kindern befürchtet man auch, daß sie den Tod ihrer Eltern rächen, oder in ihre Fußstapfen treten möchten, daher setzt man sie, wenn sie nicht an Kindsstatt angenommen sind, oder ihr Geblüt nicht vom Vater her führen, ausser Stand, was zu versuchen, oder macht sie ohnmächtig, sie werden zu keinen öffentlichen Aemtern zugelassen. Von Töchtern aber wird solches nicht vermuthet, deßhalben behandelt man sie nicht so hart, wie die Söhne, sie bekommen den nöthigen Unterhalt und die Legitimam von der Mutter. Auf die Nepotes geht es nicht. L. 5. redet nur de filiis et filiabus, Poenalia aber sind zu beschränken. Dieses Crimen ist sehr groß, deswegen steht eine so harte Strafe darauf, und ist nichts ungerechtes, was in l. 5 enthalten ist, weil des Staats Wohlfart erfordert, daß man auf das Zukünftige siehet. Der Fürst muß also auch in Ansehung desselben sicher seyn. Mali corvi, malum ovum. Damit nun zu des Fiscus Nachtheil vom Verbrecher nichts vorgenommen werden möchte, so wird er von der Administration seiner Güter abgesetzt, weil diese schon der Einziehung

aus-

ausgesetzt sind, Dominus aber bleibt er noch so lang, bis das Urthel publicirt wird. Was noch in l. 5. C. von der Infamie der Kinder steht, hat heut zu Tage nicht mehr statt. Ragoczi ist wegen Aufruhr in die Türkey geflohen, seinen Kindern aber deswegen doch der ehrliche Name gelassen worden. Alles dieses erhält seine Erläuterung durch das Praejudicium in Causa Comitis de Vhlefeld, welches Philippi in Vsu Pr. Instit. L. IV. Ecl. 8. beybringt.

§. 6.

Crimen *laesae Majestatis* in specie sic dictum heißt dasjenige, welches verübet wird, wenn man sich der Majestätsrechte ohne Rechtsgrund anmaßt, oder auch nur gegen die Ehre des Landsherrn was vornimmt, nämlich gegen die Ehrerbietigkeit, die man ihm schuldig ist. Wenn man z. B. Geld münzt, so ist es ein Crimen laesae Majestatis in specie sic dictum, so auch, wenn einer für sich Gefängnisse oder auch Soldaten hält. Denn er masset sich da Majestätsrechte an, oder Jura, die sonst blos mit der Majestät verknüpft sind. Wenn man auf den Fürsten ein Pasquill macht, ist es soviel nicht als Perduellio. Theodos der Große hat verordnet, daß man es nicht einmal achten sollte, wenn ein Unterthan seine Obrigkeit verächtlich behandelte, denn käme es von Leichtsinn her, so wäre er zu verachten, käme es aus Aberwitz her, so wäre er Mitleidens würdig, käme es aber ex dolo her, so sollte man die Strafe des Vorgesetzten Ermessen überlassen. L un. C. si quis Imp. maledix. Heut zu Tage aber wird es auch bestraft, jedoch nicht so, als wie das Crimen Perduellionis. Sonst wird er entweder mit dem Vestungsbau oder Verweisung bestraft. Uebrigens ist bey diesem Crimine einmal der Schade für den Staat größer, als das anderemal. Wenn einer eigene Gefängnisse hält, so ist es so groß nicht, als wenn einer Geld münzt. Im letztern Fall also kann auch eine Lebensstrafe ausgesprochen werden, und zwar wird er mit dem Schwerdt gerichtet, ja an manchen Orten hat das Verbrennen statt. Heut zu Tage aber geht man doch selten übers Enthaupten. So kann man auch selbst durch Verfälschung in verschiedenen Fällen ein Crimen laesae Majestatis verüben, wo auch eine Poena Capitalis statt hat, jedoch wird die Einziehung der Güter ihm nicht zuerkannt, und behalten die Kinder doch das Recht, ihn zu beerben. Ueberhaupt also kann man sagen, daß die Strafe bey diesem Verbrechen nach Verschiedenheit der Umstände verschieden sey, und es selten zur Todesstrafe komme, ausser bey Falschmünzern. So wird z. B. wegen eigenmächtiger Folterung der Staupbesen und ewige Verweisung oder Geldstrafe zuerkannt, wie Carpzov in Praxi Crim. bemerket. Man kann hierbey am nützlichsten weiter nachlesen Gundlings singularia ad Legem Majestatis itemque de silen-

tio in hoc Crimine, Schwendendörffer Disp. de Perduellione, Aug. Leyser de Justo Perduellium Supplicio.

§. 7.

Es giebt aber auch ein Verbrechen der beleidigten göttlichen Majestät, welches Gotteslästerung (Blasphemia) heißt. Diese besteht in Worten und Handlungen zur Verachtung Gottes. Wenn einer Gott die grösten Unvollkommenheiten beygemessen haben sollte, z. B. Scortationes, wie die Heiden ihren Göttern, so wären das heut zu Tage Gotteslästerungen. Nun sind viele gewesen, die gemeynt haben, man sollte nicht einmal die Gotteslästerungen strafen, sondern es der Rache Gottes überlassen, Gott werde die gegen ihn verübte Verachtung zu seiner Zeit schon bestrafen. Selbst die Römer haben ehemals diese Meynung gehabt. Tiberius hat keinen bestraft, der sich gegen die Götter auf solche Art vergangen hat. Denn er meynte, die Götter würden es selbst rächen. Noodt ist auch von dieser Meynung nicht weit entfernet gewesen. Er hielt dafür, bey den Juden wäre es was anders gewesen, daß Gott die Gotteslästerungen bestraft hätte, denn da wäre Gott selbst Imperans gewesen. Hingegen hat Werenfels seinen Opusculis eine besondere Abhandlung gegen diejenigen einverleibet, welche behaupten, daß man im Staat die Gotteslästerungen nicht bestrafen sollte. Da auch in der That die Gotteslästerung, wenn sie auch gering geachtet wird, doch aus einem Aberglauben herrühret, dieser aber dem Staat sehr gefährlich ist, so kann man den, der eine Gotteslästerung begeht, nicht ungestraft lassen, ja er ist noch härter, als ein Abergläubiger zu bestrafen, z. Ex. der, welcher auf allerhand Beschwörungen verfällt, und sich allerhand Verständnisse mit dem Teufel rühmt. Man muß andern zum Abscheu dergleichen Gotteslästerer bestrafen. Denn wenn man die Gotteslästerer nicht bestrafen wollte, so kann keine Religion bestehen. So aber, wenn sie bestraft werden, gehen viele in sich, und nehmen sich in Acht, von Gottes Daseyn und Eigenschaften, wovon sie auch manchmal keine richtige Begriffe haben, schlecht zu sprechen, oder breiten es doch nicht weiter aus, und bringen also auch nicht mehrere auf dergleichen Aberglauben und Verbrechen. Es wird aber freylich hier die Gotteslästerung rechtlich betrachtet, und hier erfordert sie einen Dolum, daß einer nämlich mit Vorsatz was redet oder thut, Gott zur Verachtung. Daher giebt es eine Milderungsursache ab, wenn einer etwa was im jähen Zorn, oder in der grösten Trunkenheit gesprochen haben sollte, das wird so hoch nicht angesehen, wenn es auch gleich theologice eine Blasphemie ist. Und das kann man auch so hoch nicht ansehen, indem eine Blasphemie sehr hart bestraft wird. Sie wird mit dem Schwerdt bestraft,

und

und wird, nach der Größe des Verbrechens, zuweilen dem Verbrecher die Zunge ausgeschnitten, dieses aber wird heut zu Tage nicht beobachtet. Carpzov bezeugt, sie hätten bey der Facultät viele Fälle gehabt, er wüßte sich aber nichts wegen Ausschneidung der Zunge zu erinnern. In der bekamten Inquisitionssache 1698. wegen der goldenen Tafel in Lüneburg wurde dem Juden wegen Gotteslästerung die Zunge herausgeschnitten, er war aber schon todt. Diese Strafe kann man keinem zuerkennen, der nur aus Leichtsinn oder sonst unüberlegt, nicht mit völliger Ueberlegung, eine Blasphemie au gestossen hat. Nicht weniger ist ein Milderungsgrund, wenn gleich nach ausgestossener Gotteslästerung dieses bereut wird, wiewohl dieses noch zweifelhaft ist, da ein begangenes Verbrechen durch die nachfolgende Reue nicht aufgehoben werden kann. Ludovici in Diss. de effectu poenitentiae. Unterdessen wenn auch einer seine Poenitentiam contestirt, und da man zu ihm spricht, was redet ihr? sagt: Gott verzeihe es mir! und ihr auch, so kann es doch zu einer Auspeitschung kommen, wenn gleich seiner sonst verschont wird, daß ihm die Zunge nicht ausgeschnitten wird. Es kann auch die Todesstrafe statt finden, nicht nur, wenn es eine abscheuliche Gotteslästerung ist, sondern auch in dem Fall, wenn sie allzuhäufig wird. Z. B. wenn unter den Bauren das Fluchen allzuhäufig werden sollte bey ihren Schmausereyen, und sie entsetzliche Flüche thäten, welche alle Eigenschaften Gottes aufheben, so kann man, um ein Exempel zu statuiren, auch einem solchen Kerl an den Hals gehen, und es ist nichts rares, daß Acta in puncto Blasphemiae verschickt worden sind. Freylich aber hält man öfters was für Gotteslästerungen, die doch keine, oder doch so große nicht sind, als man daraus macht. Eine eigentliche Blasphemie setzt voraus, daß man nicht nur etliche Eigenschaften Gottes in Zweifel zieht, sondern auch Gott an statt der Vollkommenheiten und Eigenschaften, die ihm zukommen, die entgegen gesetzten Unvollkommenheiten beymißt, das geschieht aber nicht immer bey Gotteslästerungen. Es wird die Blasphemia in *mediatam* et *immediatam* eingetheilt. Unmittelbare Gotteslästerung geht gegen Gott selbst. Z. B. wenn einer sagen sollte, er ist sterblich, sein Reich nimmt ein Ende. Jene findet statt insonderheit bey den Katholiken, wenn solche an denen verübt wird, welchen man nach den Grundsätzen der Religion nach Gott die größte Ehre erweisen soll, z. B. wenn man was verächtliches redet, oder thut, gegen die Heiligen, denn eben dadurch, wenn man gegen diese eine Verachtung bezeigt, so bezeigt man sie gegen Gott nach den Principiis Juris Canonici. Es ist aber doch so hoch nicht anzusehen, als wenn man sie gegen Gott selbst verübte. Unterdessen nachdem die Blasphemie beschaffen ist, kann auch selbst eine Lebensstrafe diesfalls bey den Katholischen erkannt werden, und zwar nach dem Begrif, den sie

einmal von ihren Heiligen angenommen haben. Es ist auch eine Blasphemia mediata, die an der Mutter Gottes verübt wird, wenn man sie schimpft, wenn es mit allem Vorsatz geschehen ist, und einer nicht hat revociren wollen, nachdem man ihm doch alle Vorstellung gemacht hat. Da kann es nun gleichfalls geschehen, daß man ihm unter den Katholiken an den Hals gehet, weil er eben so große Sünde begeht, als hätte er Gott selbst gelästert. Die Protestanten aber betrachten sie als einen Menschen, und gestehen ihr deswegen keinen besondern Gottesdienst zu. Daher steht bey ihnen nur eine willkührliche Strafe, Gefängniß oder Verweisung, höchstens Auspeitschen darauf, weil sie doch die Mutter Gottes, mithin zu verehren ist. Es ist demnach schlecht gewesen, daß jener Bauer nur 14 Tage eingesperrt wurde, dessen Tochter eine Hure geworden, und der, als er damit verirt wurde, gesagt hatte: ist doch die Mutter Gottes auch eine gewesen! Er hätte den Staupenschlag und Verweisung auf immer auch bey Protestanten gar wohl verdient. Um so vielweniger also geht es an, daß man Gott Lügen zuschreibt, und seine Allwissenheit öffentlich, z. B. in Ansehung des Eidschwörens, abläugnet, und sich beym Schwören frech bezeigt, weil man vorgiebt, es wäre nicht an dem, daß Gott was davon wisse. Dieß wäre Blasphemia immediata, wovon in Constit. Crim. Art. 101. gehandelt wird. Eine Blasphemia mediata ist auch Fluchen bey den Sacramenten, z. B. wenn einer den andern einen sacramentischen Hundsfott gescholten haben sollte, so kann ihm wohl das Halseisen und Verweisung zuerkannt werden.

§. 8.

Der Meineid, Perjurium, ist eine Art der Gotteslästerung, ob sie freylich nicht so groß ist, als wenn man geradezu was zur Verachtung Gottes vornimmt. Wer einen falschen Eid thut, muß von Gott und seinen Eigenschaften auch nichts halten. Er muß keine Allwissenheit, keine Wahrhaftigkeit und keine Allmacht Gottes glauben. Unterdessen legt er ihm doch nicht die entgegen gesetzten Unvollkommenheiten bey, wie es bey einer förmlichen Gotteslästerung geschieht, wenn man z. B. Gott Lügen beymißt. Der Meineid wird daher auch hart bestraft, so daß es zur Todesstrafe kommen kann. Wenn z. B. ein falscher Zeuge einen Meineid begeht, und es kömmt deswegen einer ums Leben, so kann er auch zur Vergeltung am Leben gestraft werden. Kömmt einer unschuldig auf die Folter, so wird dem meineidigen Zeugen die Auspeitschung zuerkannt, damit er auch unter des Scharfrichters Hände komme. Sonst hat Fingerabhauen statt, und zwar in zwey Fällen, 1) wenn einer den ihm vom Richter auferlegten Eid nach der vorgeschriebenen Formel Gewinnsts halber falsch abschwört, in welchem Fall ausser dem Fingerabhauen die Unehrlichwerdung und die Ersetzung

tzung des erhaltenen Gewinnsts statt hat; 2) wenn einer die beschworne Urgicht, oder Versprechen, nicht zurück zu kehren, oder sich nicht zu rächen, bricht. Art. 107. 108. Const. Crim. Und zwar werden ihm von den zwey erstern Schwörfingern die zwey ersten Gelenke abgehauen, weil er damit gesündigt hat, wovon man mehrers beym Matthäi de Criminibus, einem vortreflichen Commentar über die peinlichen Gesetze des römischen Rechts, nachlesen kann. Sollte er die Schwörfinger nicht mehr haben, wird er fustigirt oder relegirt. Wenn aber einer die Urphede abgeschworen, und sie dreymal gebrochen hat, kann es zur Enthauptung kommen. Denn da muß er auch dreymal geschworen haben. Ein Mensch aber, der dreymal schwört, und allemal den Eid bricht, muß sehr gottlos seyn, und kann man also denselben in der Gesellschaft nicht mehr leiden. Sonst wenn er sie nur ein paarmal gebrochen hat, pflegt man ihm die Finger abzuhauen. Das erstemal, wenn er sie bricht, relegirt man ihn, aber unter der Bedrohung, daß das zweytemal die Strafe an ihm werde vollzogen werden. Wenn er nun doch wieder kömmt, so kann man die Strafe an ihm vollziehen. Es wird aber die Strafe gemildert, wenn er eine wahrscheinliche Ursache seiner Wiederkehr anführen und beweisen kann. In allen andern Fällen, wenn einer einen falschen Eid gethan hat, sieht man auf die Umstände, und hat eine nach Umständen angemessene Strafe statt. Man pflegt ihn zu relegiren, zu incarceriren, oder mit einer großen Geldstrafe zu belegen. Eine mildere Strafe hingegen hat statt, wenn bey aussergerichtlichen Versprechen und Verzichten insonderheit unter der Formel: bey Adelichen Ehren, und wenn ein geringer Schaden zugefügt worden ist, das Crimen Perjurii begangen seyn sollte. Viel Schönes hiervon hat Otto in Diss. de Perjurio per genium Principis beygebracht.

§. 9.

Zauberey, Teufelskünste, *Daemonomania*, heißt hier dasjenige Verbrechen, da man Andern Schaden durch Hülfe des Teufels zufügt. Es wird nach der gemeinen Meynung auf verschiedene Weise verübt, als erstlich durch ein ausdrückliches Verständnis mit dem Teufel, wie man denn meynt, daß einige sich dem Teufel mit ihrem Blut verschreiben, wenn er ihnen bey ihrem Vorhaben, andern Leuten am Leib, Leben und Gütern zu schaden, beystehen werde, wogegen sie ihm nämlich ihre Seele überlassen. Dabey wird auch angenommen, daß der Teufel ihnen in Menschengestalt erschienen, und mit ihnen ordentlich sich verbunden habe. Allein heut zu Tage ist man zu vernünftig, als daß man ein solches Pactum expressum cum Diabolo glauben sollte. Diejenigen, die sich ein solches Pactum ehemals eingebildet haben, sind in ihrer Einbildung

bildung verrückt gewesen. Sie haben es sich manchmal im Traum, oder in ihrer Melancholie vorgestellt. Denn es ist bekannt, was die Melancholie für Würkungen hat, indem man sich was vorstellen kann, als wenn es so wäre, und es ist doch nicht das geringste daran. Dergleichen Personen setzen sich etwas in den Kopf, wovon sie kein Mensch abbringen kann, und es ist doch offenbar falsch. Es ist möglich, daß ein Melancholicus sich jemand ausser sich vorstellen kann, und es ist doch niemand da, es ist eine blose Phantasie. Von dem Teufel hört man von Jugend auf viel sprechen, also geht es an, daß, wenn einer in dem Paroxismo Melancholico ist, ihm sodann die Gestalt des Teufels vorkommt, wie man sich ihn in der Jugend vorgestellt hat. Denn gleichwie sich mancher eine Idee von Gott macht, daß er ihn sich in der Einbildung in Gestalt eines Mannes, z. B. eines großen Herrn, der auf einem Thron sitzt, vorstellt, so kann man sich auch eine Idee von dem Teufel, wie er gemahlt wird, in Gestalt eines Thiers mit Hörnern und einem langen Schwanze machen. Wenn einer von Jugend auf die Gestalt gesehen, und von dessen Thaten gehört hat, und er ist ein Melancholicus dabey, so ist kein Wunder, wenn er alles fest glaubt, was von dem Teufel in der Gestalt erzählet wird. Einen Geist kann man sich in der Einbildung nicht anders vorstellen, als in der Gestalt eines Menschen. Daher geschiehts, daß sich ein Melancholicus vorstellt, als wenn der Teufel ausser ihm stünde, da er doch gar nicht ausser ihm vorhanden ist. Man hat demnach heut zu Tage mit dergleichen Leuten vielmehr Mitleiden, und sucht sie eher zu heilen als sie zu strafen. Denn bey den Melancholicis heißt es überhaupt, daß man sie mehr zu verwahren, als zu strafen habe, und es weisen es alle Beyspiele, die Thomasius in seinen juristischen Händeln und Hexenproceßen in Diss. de Crimine Magiae auch angemerkt hat, daß meistens Phantasie, Melancholie und Träume die Ursache von allen den Aussagen, welche dergleichen Leute gethan haben, gewesen sind. Es ist die Historie vom Blocksberge bekannt, da man sich vorstellt, als wenn allda der Teufel, die Hexen, und alle böse Geister ihre Versammlungen hätten. Wenn man aber die Sache nach ihrer wirklichen Beschaffenheit untersucht, so ist es blose Phantasie. Man hat ja den bekannten Fall von dem berühmten Doctor und Professor Bonn zu Leipzig, der de Lethalitate vulnerum so geschickt geschrieben hat. Denn als einst eine Hexe wegen eines angeblich überwiesenen heimlichen Verständnisses mit dem Teufel hat wirklich verbrannt werden sollen, bat er sich aus, man möchte ihm erlauben, noch einige Arzneymittel an ihr zu versuchen. Wie er ihr solche eingegeben hatte, brachte er sie dergestalt wieder zurecht, daß sie alles wiederrief, was sie auf der Folter ausgesagt hatte. Woraus ersichtlich ist, daß es dergleichen Leuten mehr an ihrem

rem Körper fehlt, als daß wahr wäre, was sie sich in ihrer Phantasie vorstellen. Man wird deswegen auch mehr von Hexen als Hexenmeistern hören, wegen des Mali hysterici, woran so viele Weibsleute leiden. Sie können sich daher ganze Geschichten, die vorgegangen wären, z. B. Executionen an sich vorstellen, und es ist kein Wort daran wahr, sondern blose Phantasie, die sich aber manchmal nicht heben läßt, so daß alle Mühe vergebens ist, wenn man es ihnen ausreden will. Wie denn auch alle wirklich Melancholischen, in Ansehung eines gewissen Gegenstands, irren, und in demselben keine Zurechtweisung annehmen, welches bey der Rechtslehre de Homicidio wohl zu bemerken stehet. An den heut zu Tage Besessenen bestättigt sich alles dieses. Angemessene Heilmittel thun das Beste dagegen.

§. 10. und 11.

Es soll auch einen zweyten Grad der Zauberey geben, da nämlich ein stillschweigender Vertrag mit dem Teufel errichtet wird, indem man zu allerhand Künsten des Teufels Hülfe sich bedienet, welche Künste andern zum Schaden gereichen, ohne aber sich gegen ihn ausdrücklich verbindlich gemacht zu haben, daß ihm nämlich die Seele dagegen überlassen seyn soll. Carpzov erzählet einen Fall von Halle, da der Teufel mit einer adelichen Dame auf dem rothen Thurm zu Halle zugehalten haben soll, um ihn dazu zu bewegen, daß er ihr bey allen den Künsten, die sie ausüben wollte, helfen solle. Es sind eben so Grillen, als wenn der Teufel zum Beyschlaf sich gebrauchen lassen solle, wovon man doch die natürlichen Ursachen heut zu Tage weiß. In jenem Fall also ist erstlich die Frage, ob der Teufel mit ihr zugehalten habe? Gesetzt, daß es wäre, so wäre das maximus gradus Sodomiae, und wäre freylich das Feuer nicht zu hart, da man ja sonst blose Sodomiten verbrennt. Es ist aber das auch wieder eine bloße Phantasie, wie man aus den Geschichten ersehen kann, welche auf dem Blocksberg vorgegangen seyn sollten. Da haben sie sich sogar manchmal vorgestellt, daß die Hostie beym heiligen Abendmahl, die sie aufbehalten haben, dem Teufel könnte überbracht werden, und ausgesagt, was der Teufel alles mit der Hostie angefangen habe, so doch lauter Phantasie war, die aus Melancholie bey den Leuten hergekommen ist. Alle die Teufeleyen fallen durch eine gesunde Philosophie dahin. Dadurch hat auch die sogenannte Geisterlehre einen großen Stoß bekommen, indem man nunmehr weiß, was von eines Geists Wirkung auf einen Körper, die bey allen diesen Possen vorausgesetzt werden muß, zu halten ist. Auf die Operationem Animae in Corpus humanum darf man sich nicht berufen, denn es ist bekannt, wie sehr dieselbe in der Seelenlehre, und insonderheit durch das Systema Har-

moniae praestabilitae bestritten wird. Bekker, ein Priester in Amsterdam, hat das vortrefliche Buch, die bezauberte Welt, holländisch geschrieben, welches kürzlich neu ins Deutsche übersetzt worden ist. Er geht darinnen alle Teufeleyen durch. Weil er aber geläugnet hat, es sey kein Teufel, so wurde er abgesetzt, bekam aber seine Besoldung bis ans Ende, weil es eine bloße Verfolgung seiner Collegen war. Heut zu Tage wird dergleichen Hexerey nicht mehr bestraft, sondern man sucht die Leute zu heilen, oder wenn sie nicht zu heilen sind, bewahrt man sie, daß sie niemand schaden können. Carpzov, den auch Struv allegirt, hat noch allerhand Mährgen von den Teufeleyen und Hexereyen. Zu seinen Zeiten hat man diese Possen noch geglaubt, heut zu Tage hingegen ist es lachenswürdig, wenn die Leute vorgeben, daß sie sich mit dem Teufel fleischlich vermischt, oder ein Pactum mit ihm aufgerichtet haben. Eine andere Frage ist, ob es angehe, daß man den Menschen durch geheime Künste schaden könne, so, daß niemand begreifen kann, wie es zugegangen. Wieder eine andere, ob es deswegen mit Hülfe des Teufels vorgegangen, wenn man es gleich nicht begreifen kann, wie es zugegangen ist. Bodinus und andere, die es behaupten wollen, haben schwache Gründe für sich. Lex 4. C. de Malef. et Mathem lehret: Ehemals seyen alle Mathematiker, und überhaupt alle Naturkündiger als Schwarzkünstler angesehen worden. Man gesteht zwar heut zu Tage, daß den Menschen durch heimliche Künste, z. B. durch Vergiftungen geschadet werden kann, so, daß kein Mensch begreifen kann, wie es zugeht, es ist doch aber eine ganz natürliche Vergiftung. In solchem Fall pflegt man zwar eine Todesstrafe zuzuerkennen, aber nicht um deswillen, weil es mit des Teufels Hülfe geschehen wäre, sondern wegen des Schadens, und des Doli, der dabey vorgeht. Was ist lächerlicher? Man kann die Schnupftücher wie die Mäuse zurichten. Solches hatte eine Frau ihr kleines Kind gelehrt, da kam es aus, als hätte sie Mäuse gemacht. Es kam an eine Juristenfakultät, die lachte darüber, und sprach die Frau los. Der Fall steht in Reichens Buch, der unter Thomasio die Diss. de Magia geschrieben hat. Er hat nämlich unterschiedliche Schriften von der Nichtigkeit des Hexenprocesses zu Halle und Magdeburg herausgegeben. Ueberhaupt ist hierbey zu merken, daß wenn von Hexen- und Teufelshistorien erzählt wird, die erste Frage ist, ob die Historie wahr sey. Es werden so viele Mährgen erzählt, daß man offenbar weiß, daß alles erdichtet ist. Gesetzt aber auch, daß es vorgegangen, und einem Menschen an seinem Leib, Leben, und Gütern Schaden zugefüget worden ist, und man kann nicht begreifen, wie es zugegangen ist, so sagt man, man giebt es zu, aber da fragt sich noch, ob es übernatürlicher Weise und insbesondere durch Hülfe des Teufels geschehen sey. Es fragt sich, ob es

nicht

nicht auch natürlicher Weise hat geschehen können, ob man gleich nicht begreifen kann, wie es zugegangen ist. Dergleichen Künste giebt es freylich noch viele, die kein Mensch begreifen kann, wodurch man aber doch dem Menschen schaden kann. Man nennt sie verbothene Künste zum Unterschied der erlaubten natürlichen Magie. Kann nun einer überführt werden, daß er dem andern durch die sogenannten artes magicas, die natürlich sind, geschadet hätte, wenn man auch gleich die Künste nicht herausbringen kann, so kann man ihn auch deswegen mit dem Tod bestrafen. Und zwar hat die Schwerdtstrafe statt, man mag Menschen oder Vieh geschadet haben. Wenn man ihn also heut zu Tage wegen verbothener Künste mit der Todesstrafe belegen kann, wenn sie dem Menschen zum Schaden angewendet worden sind, so kann man ihn heut zu Tage wegen des Aberglaubens allein, z. B. wegen des Seegensprechens, daß er sich darauf legt, oder wegen des Fest- und Unsichtbarmachens, am Leben nicht bestrafen, so lange er nicht dergleichen Künste, die schädlich sind, dabey anwendet, denn so ist er so gefährlich nicht im Staat. Es besteht doch nur in der Einbildung, oder Grillen. Wir haben bey der Facultät einen Fall gehabt, da ein großer Spitzbube vermeint hatte, er seye fest, und das Recept aufgeschrieben hatte, das bey ihm gefunden worden ist. Es bestund darinn, daß man einer Nachteule die Augen ausstechen und solche pulverisirt einnehmen solle. Wer sich bey einem Duell darauf verlassen wollte, ist gewiß verlassen. Freylich aber kann der Aberglauben nicht geduldet werden, denn es könnten andere dadurch verführt werden. Wie denn viele der Meynung gewesen sind, daß man heut zu Tage nichts davon behaupten solle, nur damit sich nicht so viele finden möchten, die sich auf die Hexerey legen wollten, denn wenn sie wüßten, daß nichts daran wäre, so bekümmerten sie sich nicht darum. Also können dergleichen Leute wegen des bösen Beyspiels, das sie geben, bestraft werden. Es ist ein Abergläubischer ein gefährlicher Mensch im Staat, noch gefährlicher als ein Atheist, deswegen kann man ihn bestrafen. Eine andere Frage aber ist, ob man ihn deswegen gleich am Leben bestrafen kann? Ich glaube, nein. Es ist am besten, daß man ihn verwahrt, nämlich auf immer einsperrt. Ihn zu relegiren ist nicht gut, denn so pflanzt er seinen Aberglauben auch in andern Ländern fort. Dahin gehört auch das Crystallsehen, nämlich daraus wahrzunehmen, was etwa hier und da geschieht, bereits ist, oder noch geschehen möchte. Es wird nämlich im Crystallspiegel oder Glas der Teufel gefragt. Wer bey dergleichen Leuten sich Raths erholet, wird auch mit Gefängniß, Geld, auch Verweisung bestraft, und der Urthel die Clausel einverleibt, daß ein Priester aus Gottes Wort sie eines bessern unterrichten soll. Es bleibt also bey dem Art. 109. Constit. Crim. daß man allein darauf sehen solle, ob ir-

gend ein Schade zugefüget worden ist, oder nicht, und das gilt heut zu Tage um so mehr, da auch nur das Pactum tacitum cum Diabolo verworfen wird. Constantinus Magnus wird wegen des Legis 4. C. de Malef. et Mathem. beschuldiget, als wäre er der christlichen Religion nicht zugethan gewesen, indem sie solchen dahin erklären, ein wenig Hexerey wäre schon erlaubt, wenn man sie zum Vortheil in seiner Haushaltung gebrauchte, z. B. daß die Raupen die Früchte nicht verderben, oder der Hagel das Korn. Allein damals war man in obberührtem Irrthum, wie denn die Taschenspieler damals für Hexenmeister gehalten wurden, obgleich dieses eher in das Crimen Sacculariorum ausarten kann. Linck zu Altdorf hat eine feine Diss. geschrieben de Magia in l. 4. C. de Malef. a Constant. approbata et reprobata.

§. 12.

Nun kommen wir auf die fleischlichen Vermischungen, oder *Delicta Carnis.* Dahin gehört erstlich das Stuprum (Unzucht.) Es ist dieselbe der von zwey ehrbaren ledigen Personen verübte Beyschlaf. Es muß sich die Unzucht von der Hurerey (Scortatione) und dem Ehebruch unterscheiden. Das geschieht nun, wenn man zur Unzucht ehrbare Leute erfordert, denn dadurch distinguirt sie sich von der Hurerey, oder wenn man mit einer Hure zu thun hat. Wenn man aber dazu eine ledige Person erfordert, so distinguirt sie sich von dem Ehebruch. Es ist die Unzucht entweder Nothzucht, oder aber freywillige (simplex) Denn die andere Person willigt entweder in den Beyschlaf oder nicht. Willigt sie ein, so heißt das Stuprum voluntarium; willigt sie nicht ein, und wird dazu gezwungen, so heißt das Stuprum non voluntarium, seu violentum, Nothzüchtigung. Doch giebt es zwischen Nothzucht und freywilliger Unzucht noch ein Mittelding, nämlich das Stuprum non voluntarium, wenn eine Person die andere ohne ihre Einwilligung, doch aber auch ohne Zwang, z. B. im Schlaf, in der Trunkenheit, beschläft. Was das Stuprum violentum anbetrift, so wird dasselbe nach der gebrauchten Gewalt beurtheilt, und sieht man dabey nicht auf Immissionem Seminis, sondern nur darauf, ob die Geburtsglieder in einander gesteckt haben, sonst, wenn das letztere nicht geschehen, heißt es nur attentatum, und kann so hoch nicht bestraft werden, als wie das consummatum. Unterdessen kann doch die Fustigatio darauf erfolgen. Ist es aber consummatum per Immissionem Seminis, so wird Stuprum am Leben mit dem Schwerdt bestraft. Man muß doch aber zu der Ehe Ehre und der Geschwächten Gunst für einen Milderungsgrund es ansehen, wenn die Stuprata den Stupratorem heyrathen wollte, welches auch an den meisten Orten so gehalten wird. Sie ist unglücklich, niemand wird sie heyrathen, also muß

sie

sie aus der Noth eine Tugend machen, und den Schwächer heyrathen. In manchen Orten aber, wo es z. B. allzuhäufig wird, sieht man auch nicht einmal auf den favorem Matrimonii, sondern es wird doch Schwerdtstrafe zuerkannt. Und wenn gleich die Weibsperson den Stupratorem heyrathen sollte, so wird ihm doch noch Relegatio zuerkannt, und die Geschwächte muß ihm folgen. Der Grund ist, solchen Gewaltthätigkeiten vorzubeugen. Sie wird des Landes nicht verwiesen, sondern muß ihm nur folgen, weil Mann und Frau mit einander leben müssen, sie kann demnach wieder kommen, wenn sie was zu verrichten hat.

§. 13.

Es muß nun aber die Gewalt (Violentia) erwiesen werden, weil solche als eine Thatsache nicht vermuthet wird. Sie wird aber daraus geschlossen, daß währender Nothzucht die Person geschrien und geheult hat. Denn sonst könnte gar leicht ein simplex Stuprum zu einem violento gemacht werden. Es ist nicht leicht eine Weibsperson, wenn sie auch noch so geil ist, die sich nicht anfangs ein wenig weigerte, endlich aber läßt sie sich doch überreden. Deswegen kann man nicht sogleich ein Stuprum violentum daraus machen. Wenn sie hingegen von Anfang bis zu Ende sich gewehrt hat, der Gewalt aber nicht widerstehen können, und es auch durch erweißliches Schreyen und Heulen bezeigt hat, auch gleich nach vollbrachter That hingeht, und es anzeigt, so ist die Gewalt zwar zu vermuthen, oder es rühret daher, daß sie selbst zum Richter gegangen und angezeigt, sie sey mit Gewalt zum Beyschlaf gezwungen worden, eine Anzeige, Indicium, nicht aber ein Beweiß. Kommen mehrere Indicia dazu, so kann der, welcher es läugnet, gefoltert werden, zu Aussprechung der Schwerdtstrafe aber sind sie nicht hinreichend. Eben daher sieht man, daß auch in denen Fällen ein der Nothzucht ähnliches Stuprum statt findet, wo die Weibsperson zwar nicht gezwungen worden ist, aber doch nicht eingewilliget hat. Denn wo einer hätte dissentiren können, und nicht hat consentiren wollen, weil er unsinnig oder ein Kind ist, so wird er pro dissentiente gehalten. Dahin gehört der Fall, wenn man einem Mädchen einen Schlaftrunk eingiebt, oder sie so vollsäuft, daß sie von ihren Sinnen nichts gewußt hat, und hernach sich über sie her gemacht hat, oder, wenn man ein Mädchen, so noch nicht mannbar, oder wohl gar ein Kind unter 9 Jahren ist, beschläft. Einem solchen Beyschläfer wird die Auspeitschung, und wenn das Mädchen noch ein Kind war, die Schwerdtstrafe zuerkannt. Ausserdem wird die, welcher solchergestalt Gewalt angethan worden ist, aus des Verbrechers Vermögen erhalten und ausgestattet. Sie darf auch noch den Jungfernkranz tragen,

von welchem Serto Virginum Joh. Heinr. Mayer zu Erfurt geschrieben. Sodenn ist ihr auch erlaubt, einen solchen Nothzüchtiger ungestraft umzubringen, denn Vertheidigung der Keuschheit ist soviel, als Vertheidigung des Lebens, aber eben deswegen muß es sogleich auf der Stelle geschehen. Was nun aber Stuprum simplex betrift, ist darauf eine willkührliche Strafe gesetzt, und ist solche nach den Orten verschieden. An einigen Orten ist es nur Gefängnisstrafe, an andern Landesverweisung auf eine bestimmte Zeit, an andern Geldstrafe. Doch kanns zum Auspeitschen kommen, wenn der Gefangenwärter eine Gefangene, ein Bauer eine von Adel, oder ein Christ eine Jüdinn schwächt. Ausserdem muß der Schwängerer die Geschwächte entweder heyrathen oder sich mit ihr abfinden. Bey den Juden war es anders, da hieß es: et dotet, et ducat, denn die litten keine Huren. Der Mann bey den Juden aber stattete auch die Frau aus, d. i. er mußte ihr allemal einen gewissen Wittum verschreiben, woher es gekommen ist, daß beydes bey den Juden beobachtet werden müssen. Welches aber um eben dieser Ursache willen bey uns wegfällt, da wir eine ganz andere Staatsverfassung haben, wo eben nicht nöthig ist, daß allemal der Stuprator die Stupratam heyrathe. Da es aber doch billig ist, daß der Schwächer, weil er ihr per Stuprum eine große Injurie zufügt, und man annimmt, daß die Weibsperson von der Mannsperson verführt worden sey, der Geschwächten Satisfaktion gebe, so muß er sich doch auch mit ihr abfinden, wenn er sie nicht nimmt, welches Satisfactio ob injuriam illatam ist. Man muß es nicht für eine bloseEntschädigung der Entjungferung überhaupt ansehen, denn wenn auch eine Wittwe, die keine Jungfer mehr ist, geschwängert worden seyn sollte, so kann sie doch verlangen, daß sich der Stuprator mit ihr abfinde, weil es eine Entschädigung wegen der angethanen Beschimpfung überhaupt seyn soll. Freylich besteht bey Jungfern die Injurie mit in Defloratione. Kornmann de Virginitatis Jure. Woraus leicht ersichtlich ist, daß es eigentlich keine Dotatio ist, denn Dos, Heyrathgut, erfordert eine Ehe. Allein in der Rücksicht kann man es Dotem nennen, in so weit die Stuprata nachher Gelegenheit bekömmt, sich anderwärts zu verheyrathen. Da ist es soviel, als wenn man sie ausstattete, daß sie ein anderer nachdem desto ehender wieder heyrathet. Was nun die Größe dieses Dotis anlanget, so muß sie nach Beschaffenheit der Weibsperson bestimmt werden. Ist es eine Adeliche, so muß ihr auch mehr gegeben werden. Da ist die Injuria größer, denn sonst. Daß aber auch die Unterhaltungskosten (Alimenta) den Kindern müssen gereicht werden, versteht sich von selbst, weil ein Vater seine Kinder erhalten muß, und hier voraus gesetzt wird, daß der Stuprator überführt worden ist, daß er Vater vom Kind sey. Und zwar muß er die Alimenta so lang reichen, bis das Kind mit seiner Arbeit

oder auf eine andere Weise sich selbst ernähren kann. Stirbt es vor der Zeit, muß er es auch auf seine Kosten begraben lassen. Hat aber der Stuprator dem Mädchen zur Zeit des Beyschlafs die Ehe versprochen, so ist er zu deren Vollziehung schlechterdings gehalten, und wird er nicht gezwungen, ein Ehemann zu werden, sondern einer zu bleiben. Denn Einwilligung und Beyschlaf sind die Bestandtheile der Ehe, die gebräuchliche Einsegnung ist ein bloser Kirchengebrauch. Sonst wird Stuprata in dessen Güter eingesetzt, und durch richterlichen Ausspruch für seine rechtmäßige Frau erklärt. Die Stuprata muß übrigens thun, was Stuprator will. Will er sie heyrathen, so muß sie zufrieden seyn, wo nicht, so bekommt sie keinen Dotem. So wie einer, der sich für einen Narren halten läßt, Actionem Injuriarum nicht anstellen kann, also kann auch hier ein Mädchen, wenn sie Geld angenommen hat, weiter nichts fordern. Jedoch kann sie bloß ihrem Recht, aber nicht dem des Kindes entsagen, dieses muß Alimenta haben.

§. 14.

Scortatio, Hurerey, heißt ein unerlaubter Beyschlaf mit einer Hure. Eine Hure aber (Meretrix) heißt diejenige, die sich für Geld von mehrern hat brauchen lassen. Dabey hat man nun zu unterscheiden, ob sie öffentlich dieses Handwerk treibt, oder heimlich, und ob sie Leute angesteckt hat, oder nicht. Hat sie Leute angesteckt, so wird sie mit dem Staupenschlag bestraft, denn sie muß eine härtere Strafe haben, als sonst, da sie nur des Landes verwiesen wird. Wenn sie hingegen nicht öffentlich jedermann frey gestanden hat, sondern nur Geld in einem besondern Falle angenommen hat, so kann sie nicht einmal des Landes verwiesen werden, sondern wird nur auf etliche Tage oder Wochen ins Gefängniß gesetzt, wird aber doch im Gefängniß härter, als eine Geschwächte gehalten, mit Wasser und Brod gespeißt, in ein härteres Gefängniß gelegt, und muß länger darinn bleiben. So sind die Gradus Delicti carnis verschieden, und so müssen also auch die Gradus poenae darnach eingerichtet werden. Denn Stuprum wird mit ehrbaren Weibspersonen, Hurerey aber mit gemeinen Huren begangen. Die öffentliche Hure wird öfters ausgepaucket und des Landes verwiesen, daher es manchmal heißt: diese ist eine ausgepauckte Hure. Was hingegen die Mannspersonen anbetrift, die sich mit einer Hure vergangen haben, so werden sie mit Gefängniß oder an Geld gestraft. Ganz kann man sie doch nicht durchgehen lassen, um sie von weiterm Huren abzuhalten, und andern einen Abscheu davor zu machen. Das Huren ist insonderheit verbothen, weil es zur Stillung der Lüste geschieht, und schon nach dem Naturrecht ein solcher Beyschlaf verbothen ist. [Welches jedoch in Ansehung des Zwang-

rechts

rechts, ja der Moral selbst, großen Zweifeln unterworfen ist. Herausg.] Es kann aber auch dadurch ein großes Unglück im Staat entstehen, wenn Leute angesteckt werden, und wäre nichts leichters, als dieses, wenn das Huren erlaubt seyn sollte. Sodann wird auch der Vater dadurch ungewiß, welches wieder nichts als lauter Unruhe anstiftet, deswegen muß es härter, als Stuprum bestraft werden, bey welchem diese Betrachtungen alle wegfallen. Denn das Stuprum geschieht meistens in der Hofnung einer künftigen Ehe, oder die Stuprata wird dazu bewogen, daß man ihr vorstellt, man wolle sie heyrathen, wenn man es gleich nachher nicht thut. Daher ist nur Gefängnißstrafe darauf gesetzt, und wenn sie nach vollbrachter That einander heyrathen, wird die Strafe noch gemindert.

§. 15.

Um so vielweniger kann man Hurenhäuser dulden, ausgenommen in dem Fall, wo es die Noth, wie in großen Städten, z. Ex. zu Amsterdam wegen der Matrosen, erfordert. Bey uns in Deutschland erfordert es die Nothwendigkeit nicht. Zu Rom war es ehmals was anders, denn daselbst waren sehr viele vornehme Leute, und hat man wahrgenommen, daß das ehrbarste Frauenzimmer nicht sicher gewesen wäre, wenn man nicht Lupanaria zugelassen hätte. Man hat sie daher zwar zugelassen, jedoch aber zum Besten des Staats eingerichtet, dergestalt, daß die Huren, nachdem sie sich öffentlich bey dem Aedili angezeigt haben, einen gewissen Zoll haben abtragen müssen, woher nachher zu Rom der sogenannte Milchzoll entstanden ist, den man dem Pabst geben mußte. Allein das fehlt alles bey uns, daß daher derjenige, der heut zu Tage ein Hurenhaus halten wollte, mit der Auspeitschung und Landesverweisung, oder wenigstens mit der Landesverweisung allein bestraft werden kann. Von den Römern hingegen ist bekannt, daß selbst **Caligula** neben seinem Pallast ein Hurenhaus gehabt, und solches vermiethet hatte, da ihm denn der Leno was gewisses dafür abtragen mußte, woher alle die Flosculi beym **Terenz** kommen, wenn er sagt: es seye einem Adolescentulo nicht verbothen zu huren. Selbst läßt sich daher erklären, was **Ulpian** sagt, daß, wenn einer Hure etwas lohnsweise versprochen worden, sie es auch fordern könne. Damit deuten sie alle darauf, daß zu Rom die Hurenhäuser geduldet worden. Erlaubt kann man es eigentlich nicht nennen, sondern sie haben es nur als ein geringeres, zu Verhütung eines größern, nothwendiges Uebel, wie es mehrmalen im Staat zu geschehen pfleget, geduldet.

§. 16.

Der Ehebruch wird nach heutigem Gebrauch in drey Arten getheilt.

Bey

Bey den Römern wurde er blos darinn gesetzt, wenn einer mit eines andern Eheweib zu thun gehabt hat, weil dadurch eine Familie sehr beeinträchtigt werden kann, wenn ihr Kinder unterschoben werden, welches hingegen nicht geschieht, wenn ein Mann mit einer ledigen Person zu thun hat, da wird eine Familie dadurch nicht vervortheilt. Bey den Römern wurde auf die Erhaltung der Familien sehr gesehen, daher haben sie zuerst um dieser Ursache willen darinn hauptsächlich das Adulterium gesetzt. Es kömmt damit auch Jus Mosaicum überein, Lev. 20, ℣. 10. Deut. 22, ℣. 22. Daher sagen einige, wenn ein Ehemann bey einer Jungfer schlafe, wäre es kein Ehebruch, Gott hätte es in dem jüdischen Staate selbst für keinen Ehebruch, sondern nur pro stupro gehalten. Es mag aber auch wohl bey den Römern die Ursache gehabt haben, daß dieser Fall mit der Frau besonders bemerkt worden ist, weil zu Augusts Zeiten der Ehebruch sehr häufig vorkam und besonders zu befürchten war, daß er sich bey seiner Familie zutragen könnte, denn seine Tochter Julie war ein liederliches Stück, wie es ex Historia Juris Romani bekannt ist. Sie konnte auch nichts Gutes sehen, denn August selbst war in diesem Punkte nicht rein. Er hatte aber auch eine Maxime dabey, denn durch die Weiber wollte er die Geheimnisse der Männer herauslocken, welches am besten angieng, wenn er mit ihnen zuhielt. Weil er also befürchtete, daß sich die Ehebrüche selbst bey seiner Familie zutragen möchten, so hat er sie so hoch bestraft. Unterdessen ist er doch damals nur mit der Capitis Diminutione bestraft worden. Wir aber heut zu Tage bestimmen ihn nicht allein daraus, sondern überhaupt aus der Verletzung der ehelichen Treue, d. i. aus der körperlichen Vermischung mit einer dritten Person. Denn es verspricht ein Ehegatte dem andern, niemand ein Recht über seinen Leib einzuräumen, als dem andern Ehegatten, wie auch der Apostel sagt: Der Mann ist nicht mächtig seines Leibes, die Frau auch nicht, das nennt man Fidem conjugalem, welchen auch die Absicht der Ehe erfordert, nämlich Erzeugung und Erhaltung der Kinder. Wie nun Fides conjugalis auch verletzt wird, wenn ein Mann mit einer Ledigen zu thun hat, oder wenn ein Mann, oder eine ledige Person mit eines andern Frau zu thun hat, und Jure canonico und der Praxi nach Mann und Weib gleiche Rechte haben, auch die Treue wechselseitig ist, so ist daher nach dem Gerichtsbrauche eine dreyfache Art des Ehebruchs entstanden, nämlich simplex und duplicatum, und des simplicis sind wieder 2 Arten. *Duplicatum* heißt, wenn beyde Personen, die sich unerlaubter Weise beschlafen, Eheleute sind, *Simplex* aber derjenige, wenn nur eines von ihnen verehlicht ist, und ist also das nur Eine Art, wenn die Frau mit einer andern ledigen Person, oder der Mann mit einer ledigen Person zuhält. Man unterscheidet ferner inter Adulterium verum et

quasi. Dieses wird von Braut und Bräutigam begangen, jenes von Ehegatten, jedoch wird das erstere gelinder bestraft, weil nicht Fides conjugalis, sondern nur die Hoffnung dazu verletzt ist.

§. 17.

Wegen des Ehebruchs nun kann man entweder civiliter oder criminaliter klagen. Civiliter auf die Ehescheidung vor dem Consistorio, denn Adulterium ist ein Ehescheidungsgrund. Denn wenn ein Ehegatte von der versprochenen ehelichen Treue abgeht, kann auch der andere weiter nicht verbunden seyn. Ausser der Ehescheidung werden zur Vergeltung der erlittenen Beleidigung dem unschuldigen Theile das Heyrathgut und Gegenvermächtnis zuerkannt, und der schuldige Theil zur Strafe derselben verlustig. Ist kein Heyrathgut oder Gegenvermächtnis vorhanden, so bekömmt der unschuldige Ehegatte denjenigen Erbtheil, den der schuldige einst ererbt hätte. Auch darf dieser sich weiter nicht verheyrathen, hingegen ist dem unschuldigen die weitere Verheyrathung nicht verbothen, da sonst derselbe gestraft würde, wenn er sich nicht weiter verheyrathen dürfte. Unterdessen wenn einer aus dem Lande weggeht und in ein andres sich begiebt, so geschieht es doch zum öftern, daß er wieder heyrathen darf, zumal wenn es Umstände giebt, daß er sich nicht wohl halten kann und also allerhand Stupra, oder auch wohl gar neue Adulteria zu befürchten sind. Da erlaubt man ihm die Wiederverheyrathung, es kann auch eher, als im Lande, z. B. wegen des geringern Aergernisses, geschehen. Bey dem Ehescheidungsgesuch werden an Beweises statt starke Vermuthungen für hinreichend gehalten, z. B. wenn einer bey einer Weibsperson nackend im Bette angetroffen wird. Es heißt: nudus cum nuda, solus cum sola non praesumitur orare Pater noster. Man darf hier nicht erst beweisen, daß sie den Ehebruch vollbracht haben. Ein anders ist es, wenn von Bestrafung des Ehebruchs die Frage ist.

§. 18.

Criminaliter wird auf die Bestrafung der Ehebrecher geklagt. Diese Strafe nun war zu den Zeiten Konstantins des großen das Schwerd Dieser hat nämlich zuerst die Todesstrafe sowohl auf Seiten des Mannes, als auf Seiten der Frau darauf gesetzt. Hingegen hat nachher Justinian, den man eben um deswillen hauptsächlich Vxorium nennt, verordnet, daß die Schwerdstrafe nur bey Mannspersonen statt finden soll, nicht aber bey Frauen, sondern diese sollten mit Staupenschlägen belegt, und nachher ins Kloster gesteckt werden. Er mag aber freylich auch darauf gesehen haben, daß meistentheils eine Frau von den Mannspersonen verführt wird, und um deswillen ihnen etwas

nach-

nachzusehen ist. Diese Poena Gladii ist nun auch in Sachsen verordnet, woferne das Verbrechen durch die Saamenvermischung vollbracht worden ist, und wird die Frau wie der Mann auf solche Weise bestraft. Dieser Strafe ungeachtet kömmt es nirgends häufiger als in diesem Lande vor. Der erforderliche Beweiß macht aber, daß Poena Gladii selten statt finden kann, wegen der Schwierigkeit, die dabey ist. Denn daß es vollbracht worden, wie oben gemeldet, muß durch beyderseitiges Geständnis bewiesen seyn. Daher es eben eine Vorsicht des Advokaten ist, daß man einem Theile räth, sich zu entfernen, da die Saamenvermischung durch Zeugen nicht bewiesen werden kann. Die Articuli Inquisitionales sind also auf dieses Factum zu richten. Ausser Sachsen aber ist Poena Gladii nicht üblich, selbst auch nicht, wenn beyde Ehebrecher Eheleute sind, sondern es wird aufs höchste nur Relegatio und nicht einmal Fustigatio zuerkannt, auch wohl gar nur Gefängnis oder Geldstrafe, z. B. in Lübeck 60 Mark, d. i. 20 Thaler, weil eine Mark Lübisch 8 Groschen ist. In Bayern und Tyrol ist ebenmäßig nach dem Heig nur eine Geldstrafe darauf gesetzt. Wenn ein Ehemann mit einer Hure zu thun hat, wird es für blose Hurerey gehalten.

§. 19.

Es giebt aber auch Milderungsgründe, welche aus bereits Angeführtem leicht erkannt werden können, daraus nämlich, woraus man den Ehebruch heut zu Tage bestimmt, nämlich aus der Verletzung der ehelichen Treue. Je geringer also Violatio Fidei Conjugalis ist, je mehr muß man die Ehebruchsstrafe mildern können. Wenn nun der beleidigte Theil zugleich mit daran Schuld ist, so ist Violatio Fidei Conjugalis so groß nicht, als wie sonst, und daher wird auch dießfalls Poena mitigirt. Aus dieser Quelle lassen sich die meisten Milderungsursachen herleiten. Auch hat man darauf zu sehen, daß Violatio Fidei Conjugalis geringer wird, wenn Pars laesa selbst darauf Verzicht thut, oder aber das Verbrechen verzeiht. Denn da ist die Violatio Fidei Conjugalis auch nicht so groß. Man kann es freylich nicht gänzlich ungestraft lassen, daß Fides Conjugalis violirt worden ist, wegen des Aergernisses, und um Andern einen Abscheu vor dem Ehebruch zu machen, allein man kann es doch nicht so hart bestrafen, wenn die Frau dem Mann sein Versehen verzeiht, ob sie gleich sonst civiliter auf die Ehescheidung hätte klagen können. Da wird etwa der Mann ausser der Kirchenbuße mit Gefängnis abgestraft. Wird der schuldige Ehegatte verwiesen, so ist dieses für den unschuldigen Theil keine Strafe, sondern dieser darf, wenn er dem schuldigen nachgereißt ist, allezeit zurückkehren und sein Vermögen verwalten. Es ist dabey wohl zu bemerken, ob nicht zu-

gleich ein Incestus verübt worden, und zwar ein Incestus Capitalis oder non Capitalis. Der Incestus mit seiner leiblichen Tochter ist Capitalis, und um deswillen hilft hier die Verzeihung nichts, wenn gleich die Mutter ihrem Manne nachsehen wollte, sondern Poena Capitalis findet blos wegen der Blutschande statt. Wenn aber ein Incestus verübt worden seyn sollte, der nicht Capitalis ist, dergleichen der Incestus mit einer Stieftochter ist, so hat Verzeihung des Ehebruchs allerdings statt. Die Poena Incestus non Capitalis wird zwar zuerkannt, aber des zugleich verübten Ehebruchs ungeachtet kann doch Verzeihung geschehen, und es wird blos als ein Incestus bestraft, das Adulterium hingegen per Remissionem aufgehoben. So ist ferner ein Mitigans poenae, wenn der unschuldige Theil zum Beyschlafe unvermögend ist. Wenn daher der unschuldige Theil unsinnig ist, oder eine ansteckende Krankheit hat, daß es nicht sicher ist, mit ihm zu thun zu haben, und es geräth etwa der Mann hierüber auf den Einfall, daß er sich mit einer andern vergeht, so giebt solches wieder ein Mitigans Poenae ordinariae ab, denn Violatio Fidei conjugalis ist hier nicht so groß, wie sonst, gestalten diese auch einen bösen Vorsatz erfordert, da sie ein Crimen, der Dolus aber hier nicht so groß ist, als wenn der Frau nichts gefehlt hat, sondern sie im Stande gewesen ist, den Endzweck der Ehe zu erreichen. Eben so 3) wenn etwa wegen boshafter Verlassung die Frau den Mann angeklagt haben sollte, und es ist die Urthel noch nicht erfolgt, wodurch die Ehescheidung erkannt worden ist, und es hat sich die Frau zu einem Andern gelegt, so wird der Ehebruch auch nicht so bestraft, wie sonst. Es ist zwar ein Ehebruch, denn so lange, als die Ehescheidung nicht erfolgt ist, und sich die Frau mit einem Andern vergeht, so lange bricht sie die Ehe, weil diese noch nicht getrennt ist, doch aber rechtmäßige Ursachen vorhanden gewesen, z. B. böswillige Verlassung, wodurch es zu einer Scheidung hat kommen können. Hier wird die nicht geschehene Ehescheidung für geschehen gehalten, mithin giebt es einen Milderungsgrund. Z. B. Zu Worms hatte sich eine Buchbindersfrau mit ihrem Gesellen vergangen, und war von ihm schwanger geworden, da sie schon vorher gegen ihren Mann, der ausgewichen war, auf die Scheidung eingekommen war. Weil sie nun schwanger geworden, ehe die Scheidungsurthel hatte erfolgen können, so hat man die Ehescheidung als schon geschehen, vorzüglich wegen der Kinder, erklärt, denn der Kerl wollte sie heyrathen, wenn sie erst von ihrem ersten Manne geschieden wäre. Ja sogar in dem Falle, da die Eltern intervenirten, und wegen abgängiger elterlichen Einwilligung die Heyrath hindern wollten, ist doch auf die Heyrath gesprochen worden, daß der Magistrat den Consensum parentum suppliren könnte. Eben so, wenn etwa die eheliche Pflicht der Frau sollte lange Zeit verweigert worden seyn, und sie darauf sich von einem

nem Andern hat schwängern lassen, so wird der Ehebruch auch nicht mit der ordentlichen Strafe belegt, sondern das giebt ein Mitigans Poenae ab, weil der andere Ehegatte selbst mit Schuld daran ist, und also die Violatio Fidei conjugalis nicht so groß ist. So wenn ein Lediger mit einem Eheweib, welches eine Hure ist, sollte zu thun gehabt haben, so ist die Violatio Fidei conjugalis auf Seiten seiner nicht so groß, da die Frau schon zum öftern Fidem conjugalem gebrochen hat, und er sich also vorgestellt haben kann, daß da sie eine Hure ist, dem Mann doch keine größere Schande widerfahre. Es ist aber schwer zu beweisen, daß die Frau eine Hure ist. Denn da muß man sie überführen können, mit wem sie gehuret hat, welches ein gar schwerer Beweiß ist. Nicht weniger ist es ein Milderungsgrund, wenn eine Trennung von Tisch und Bette geschehen, und der unschuldige Theil sich sollte haben verleiten lassen, mit jemand andern sich zu vergehen. Das ist zwar ein Ehebruch, in so weit die Ehe noch gedauert hat, aber dem unschuldigen Theil ist doch selbst wieder Gelegenheit dazu gegeben worden. Ferner mildert die Strafe der vorhergehende Ehebruch des andern Ehegatten, denn da hebt sichs gegen einander auf, so auch die hinterlistige Verführung, und wenn jemand zur Heyrath gleichsam gezwungen worden ist. Endlich aber giebt noch die der Ehe von den Gesetzen zugestandene Ehre einen Milderungsgrund ab, wenn nämlich ein Ehebruch vorher verübt worden, und nachher die Personen einander geheyrathet, die mit einander im Ehebruche gelebt haben. Denn zu Gunsten der Ehe ist vieles, was sonst nicht angeht, eingeführt. Regulariter sollte man freylich dergleichen Ehen nicht zulassen, es geschieht auch gemeiniglich, daß man Personen, die im Ehebruche vorher mit einander gelebt haben, nach getrennter Ehe nicht weiter zusammen läßt, weil sonst viele Ehebrüche nur blos um deswillen sich zutragen könnten, weil man geschieden wäre, und sich nachher mit der andern Person verehelichen könnte. Allein wenn es unwissend geschehen ist, daß dergleichen Personen, die vorher mit einander in Ehebruch gelebt, einander geheyrathet haben, und es kommt heraus, so wird es doch, weil sie nun Eheleute sind, so hoch nicht mehr bestraft, wie sonst. In diesen und ähnlichen Fällen hat eine ausserordentliche Strafe statt. Joh. Wilh. Hofmann Libr. singul. ad Leg. Jul. de Adult. coërcend. Ausserdem gestatten die Gesetze wegen des Ehebruchs einigermassen die Privatrache. Denn dem Manne und dem Vater der Ehebrecherinn ist erlaubt, den im Ehebruche ertappten Ehebrecher umzubringen. L. 20 D. ad L. Jul. de Adult. Denn sie rächen sich dadurch an der verletzten Ehre des ehebrecherischen Weibs oder Tochter, und wird der Zorn als unaufhaltbar angesehen und daher nicht bestraft. Heut zu Tage aber wird die Vatergewalt durch die Ehe aufgehoben, mithin ist eine verheyrathete Tochter nicht mehr in des Va-

ters Gewalt. Solchemnach kann er sie nicht umbringen. Die Gesetze gehen hier sehr klug zu Werke. Gewöhnlich wird der Mann auf die Frau viel böser werden, als auf den Ehebrecher, daher darf er sie nicht umbringen. Nach dem römischen Rechte mußte auch der Vater die Tochter und den Ehebrecher mit einemmal umbringen, und zwar deswegen, weil der Vater allezeit mehr Mitleiden gegen seine Tochter hat, um sie nicht umzubringen. Struv in Tr. de Vind. priv. Ring in Diss. de Deprehens. in Flagranti Crim. Zeithopf Tr. de Jure occidendi in adulterio deprehensum.

§. 20.

Vielweiberey (Bigamia) heißt dasjenige Verbrechen, wenn eine bereits verheyrathete Person sich weiter verheyrathet, der Mann nimmt z. B. ausser seiner Frau noch eine andere. Nach dem Jure Canonico, nach welchem die Ehe eine Sakrament ist, ist dieses ein großes Vergehen und größer als Ehebruch, so daß es pro Sacrilegio gehalten wird. Farinacius sagt auch: Gegen einen, der zugleich sich an mehrere Weiber verheyrathet, trete der Verdacht der Ketzerey ein, und habe die Inquisition statt. Deswegen wird auch einem solchen Verbrecher ohne weiters das Schwerd zuerkannt. Allein bey den Protestanten wird es nicht so hoch angesehen, da sie von der Ehe den Begriff nicht haben, daß sie ein Sakrament sey. Strycks Dissert. de Reliquiis Sacrament. matrimonii. Es ist allemal zugleich ein Ehebruch. Was daher von der Strafe des Ehebruchs oben gesagt worden, das findet alles auch hier statt, dergestalt, daß wenn auch die Frau für den Mann sich verwenden sollte, daß ihm das Leben geschenkt werden möchte, so giebt solches einen Milderungsgrund ab. Denn in Adulterio hat intercessio conjugis statt. Berger in Elect. Jurispr. Crim. bezeuget auch, die Wittenbergische Fakultät habe die Fürbitte des Ehegatten bey der Bigamie als Milderungsgrund angesehen. Es kann doch aber der Mann noch gestäupt werden, und ist selbst einmal in Marburg bey der Fakultät das Auspeitschen zuerkannt worden, da die Frau doch für ihn gebeten hatte. Es ist die Bigamia eine Species Polygamiae, und daher, was bey der Polygamie überhaupt gilt, das gilt auch von der Bigamie. Jene muß nach den unter sich verschiedenen Grundsätzen der Katholiken und Protestanten besonders beurtheilt werden, weil die Violatio der Ehe in Einem Falle größer, als in dem andern ist. Wenn daher Struv sagt: daß die Fürbitte des ersten Ehegatten nicht mildere, so ist solches heut zu Tage nicht wahr. Denn die Halsgerichtsordnung ist nach den katholischen Grundsätzen abgefaßt, nach welchen die Ehe ein Sakrament ist, dergleichen sie bey den Protestanten nicht ist. Wo demnach Ehebruch nicht am Leben bestraft wird, da wird auch die Bigamia

mia nicht am Leben bestraft, und wo ein Mitigans Poenae in Adulterio statt findet, da mitigirt es auch Poenam in Bigamia. Wenn einer zweyerley Verlöbnisse eingeht, so ist er kein wirklicher Bigamist, und hat also auch die gewöhnliche Strafe nicht statt, wenn er auch beyde Verlobte geschwächt hat. Ein Milderungsgrund ist 1), wenn die priesterliche Einsegnung abgeht. Wenn aber der Verbrecher sich öffentlich mit einer andern verlobt und solche beschlafen hat, so tritt die gewöhnliche Strafe ein. 2) Wenn ein Ehegatte, den der andre boshafter Weise verlassen hat, vor gerichtlicher Scheidung sich wieder verheyrathet. 3) Wenn ein Mann Nachricht bekommen hätte, seine Frau sey todt, es ist aber nicht wahr, so ist er nur in Culpa, und hat Poena ordinaria nicht statt. 4) Weiß die Weibsperson nicht, daß der, welchen sie heyrathet, schon ein Mann ist, so gehet sie frey aus, denn es fehlt Dolus, daher auch das Kind erbfähig und ehrlich ist. Denn eine Haupterfordernis ad Bigamiam ist Dolus. Wer also blos zur Loswerdung aus der Gefangenschaft eine andre heyrathet, begeht dieses Verbrechen nicht. Wir haben ein Exempel aus der alten Historie von einem Grafen von Gleichen, der eines Bassa Tochter ad Morganaticam heyrathete, und zwar mit Willen seiner Gemahlinn, weil sie ihm aus der Sclaverey geholfen hatte. Es kam des Papsts Dispensation hinzu. Im dritten Falle wird nach entdecktem Irrthume die letztere Ehe aufgehoben.

§. 21.

Incestus heißt ein unerlaubter Beyschlaf mit Blutsverwandten und Verschwägerten, z. B. wenn die Mutter mit dem Sohn, die Schwester mit dem Bruder, der Stiefvater mit der Stieftochter zuhält. Wenn man mit der Frau Schwester zu thun hat, so ist es ein Incestus, ingleichem wenn Geschwisterkinder mit einander zu thun haben. Unterdessen ist der Incestus verschieden, und ist Einmal größer, als das anderemal.

§. 22. und 23.

Incestus maximus ist, der in auf- und absteigender Linie verübt wird. Der verdient daher auch die gröste Strafe, deswegen wird er mit dem Schwerd bestraft. Art. 117 Const. Crim. Wenn demnach die Mutter mit ihrem Sohne zu thun gehabt hat, so wird es so gestraft. Wenn aber die Tochter vom Vater überredet worden, und ihm auch hier gehorsam ist, so hat blos das Auspeitschen statt. Die Römer straften nur die Mannspersonen, denn sie meynten, die Weibspersonen wüßten nicht, was es zu sagen hätte, und wüßten auch nicht immer so genau ihre Genealogie, ausser in dem Falle, wo sich die Unwissen-

wissenheit nicht entschuldigen ließ, z. B. wenn der Vater mit der Tochter zu thun hatte, war es auch nach diesem Rechte ein Incestus. Der Incestus wird in *formalem* et *materialem* eingetheilt. *Formalis* Incestus heißt, wenn einer gewußt hat, daß die Person, mit der er zugehalten hat, seine in verbothenem Grade stehende Anverwandtinn oder Verschwägerte ist. Hingegen Incestus *Materialis* ist, wenn dergleichen Wissenschaft bey beyden Personen sich nicht findet, sondern eine oder beyde nicht gewußt haben, daß sie einander in verbothenen Graden verwandt oder verschwägert sind. Es ist eben so wie bey der Bigamie. Bigamia formalis ist auch diejenige, da man gewußt hat, daß die Person noch lebt, mit der man bereits verheyrathet ist. Materialis hingegen ist diejenige, da man nicht anders hat vermuthen können, als daß die Person todt sey, die hingegen doch noch lebt, sich auch unvermuthet wieder einfindet. Die Lebensstrafe hat aber bey der Seitenlinie nicht statt. Der Incestus zwischen Geschwistern ist so groß nicht, als der Incestus zwischen Aeltern und Kindern, weil man ja auch selbst Exempel in der Schrift findet, daß Geschwister einander zur Ehe genommen haben. Daher geht man gelinder mit ihnen um. Unterdessen ist doch dieses der nächste Gradus des Incestus nach dem maximo, folglich mußte auch die nächste Strafe dem Grade nach darauf gesetzt werden, das ist dann Auspeitschen und ewige Landesverweisung. Wenn einer mit seiner Schwester zu thun hat, so wird er fustigirt, und werden beyde des Landes in perpetuum verwiesen. Da nun wieder der Incestus unter Geschwisterkindern so groß nicht ist, als unter Geschwistern, so kann auch die Fustigatio hier nicht statt finden, sondern es hat blos Landesverweisung statt. Wo ein Respectus parentelae vorhanden ist, da ist der Incestus so groß, als zwischen Geschwisterkindern. Wenn daher solche Personen, z. B. die Tante mit dem Neffen, miteinander zu thun haben, so wird auch Fustigatio cum Relegatione erkannt. Wird nun zwischen Geschwisterkindern Fustigatio erkannt, so kann es in ulterioribus gradibus nur zu einer Geldbuße oder Gefängnisstrafe kommen.

§. 24.

Blutschande unter Verschwägerten in der rechten Linie ist auch nicht so groß, als unter Verwandten der auf- und absteigenden Linie. Unterdessen wenn die Stieftochter mit dem Stiefvater zuhält, so ist doch der Incestus so groß, als wenn Geschwister mit einander zuhalten. Daher da im letztern Falle Fustigatio cum Relegatione zuerkannt wird, wird auch z. B. die Stiefmutter, wenn sie mit dem Stiefsohne zu thun hat, fustigirt, und so umgekehrt, wenn der Stiefvater mit der Stieftochter zu thun hat. Folglich kann diese Strafe nicht statt finden, wenn nur in der Seitenlinie ein Incestus begangen worden

ist,

ist, z. B. wenn einer mit seiner Frau Schwester zu thun hat, da kann nur auf die Landesverweisung erkannt werden, obgleich Struv sagt, daß Seitenverwandte wegen der Blutschande ausgepeitscht und auf ewig verwiesen werden. In entferntern Graden findet nur Geld- und Gefängnisstrafe, niemals aber unter Verschwägerten eine Lebensstrafe statt.

§. 25.

Raptus, Entführung, heißt dasjenige Crimen, so verübt wird, indem man eine ehrbare Person aus der Verwahrung der Ihrigen, von einem Orte in den andern, in der Absicht, seine Geilheit zu stillen, bringt. Denn es muß sich der Raptus a vi privata unterscheiden, deßwegen wird persona honesta erfordert, es mag eine Jungfer, Frau oder eine Wittwe seyn. Bey einer Hure aber wird es nicht begangen, es ist aber auch nicht leicht möglich, eine Hure geht gerne mit, und wenn es nicht seyn sollte, hat nur Geldstrafe statt, wegen der Constit. Crim. Art. 118: unverläumdete Jungfrauen. Ausserdem wird auch vorausgesetzt, daß wider Willen der Raptae das Crimen verübt worden, denn sonst ist es keine Gewaltthätigkeit, wenn sie mit dem Andern aus der Verwahrung der Ihrigen durchgeht. Und solchergestalt sieht man, daß weil der Raptus formaliter eine Gewaltthätigkeit voraussetzt, allemal auch wider Willen der Raptae die Entführung geschehen seyn müsse, und zwar wenigstens aus einem Hause in das andere, nicht aus einem Zimmer in das andere, führt er sie in den Keller, so ist es nicht Crimen Raptus. Endlich aber muß auch aus Geilheit oder Wollust halber der Raptus geschehen seyn, denn darinn und in der ausgeübten Gewalt besteht das Crimen. Es unterscheidet sich dadurch vom Raube, weil man dabey bewegliche Sachen Gewinnstshalber wegnimmt, ferner vom Plagio, wobey man einen Menschen auch Gewinnstshalber stiehlt und entführt. Auf dieses Verbrechen ist nun, wenn alle diese Requisita zusammenkommen, die Schwerdstrafe gesetzt. Gemildert aber wird diese Strafe, wenn eines von diesen Requisitis fehlt. Jure Canonico ist in honorem matrimonii erlaubt, daß wenn Rapta den Raptorem heyrathen will, die Lebensstrafe nachgesehen wird. Er kann aber doch noch wegen ausgeführter Gewalt etwa des Landes verwiesen werden, und muß sie ihm sodann folgen. Jure civili aber hat der Raptor die Raptam nicht heyrathen können, und zwar um deswillen, damit nicht dadurch zu häufigern Entführungen Gelegenheit gegeben würde, wenn einer seine Absicht erhalten könnte. Allein weil das Jus Canonicum die Ehe als ein Sakrament betrachtet hat, so hat es dieselbe auch für etwas gehalten, das man niemand verwehren dürfte, und daher es auch inter Raptorem et Raptam erlaubt. Da muß freylich die Poena Capitalis hinfallen. Die Lebensstrafe ist in-

zwischen doch auch in einigen Orten in Teutschland beybehalten, so daß auch nicht einmal der Raptor die Raptam heyrathen kann, wie im Wolfenbüttelischen, wenn da einer eine honnete Person entführt, so kann er sie nicht heyrathen, wenn sie gleich wollte. Nach dem Jure civili ist dieses Crimen dergestalt verhaßt gewesen, daß auch die Helfer dabey mit der Lebensstrafe angesehen worden sind, weil die Römer so sehr auf die Keuschheit, zwar mehr bey den Weibs- als Mannsbildern, gesehen haben, deßwegen es auch heißt: Major pudicitia requiritur in foeminis, quam in masculis. Daher haben sie dieses für die gröste Beleidigung gehalten. In Praxi distinguirt man unter Helfern, die zur Entführung selbst, und solchen, die sonst Hand geleistet haben. Jene werden geköpft, z. B. die, welche sie haben helfen aus dem Hause hinaustragen oder binden. Die vor dem Thore mit Pferd und Wagen halten, werden arbitrarisch gestraft. Wie ist es aber, wenn eine Weibsperson einen Mann entführt? Antw. Sie müßte ebenfalls mit dem Schwerd bestraft werden, da sie so grob und noch auf eine unkeuschere Art sich vergangen hat. Jedoch ward auch bey den Römern nicht eher Poena capitalis zuerkannt, als wenn der Beyschlaf erfolgt war. Das giebt auch bey uns ein Mitigans Poenae ab, wenn einen seine Entführung gereut, und er die Entführte nicht beschläft. Sonst ist es auch in dem Falle ein Raptus, wenn einer unter dem Vorwande der Ehe entführt haben sollte. Denn das Matrimonium muß frey seyn, und daher entschuldigt ein solcher Vorwand nicht, sondern es ist so viel, als wenn einer die Entführung blos zur Sättigung seiner Geilheit gethan hätte. Vom Dolo hingegen entschuldigt, wenn einer seine Braut entführt, weil die Leute sie ihm abwendig zu machen suchen. Nimmt sie es ihm auch übel auf, so kann er sagen: du bist doch meine liebe Braut.

§. 26.

Da nun bey diesem Verbrechen auf die Gewalt, vermittelst der die Entführung geschehen ist, gesehen wird, so wird auch das Crimen geringer, je geringer die Gewalt ist. Nun ist es geringer, wenn eine Person beschwätzt worden ist, mit einem durchzugehen. Es hat ihr Einer allerhand vorgemacht, so sich doch nachher nicht so befindet, da wird es einer Gewalt gleich gehalten, obgleich blos Ueberredung gebraucht worden ist. Denn eine Weibsperson ist leicht beschwätzt, zumal wenn man ihr vom Heyrathen und von großen Vortheilen vorsagt, die, wenn sie darein willigen würde, erfolgten. Ist nichts daran, so ist es ein großer Dolus, jedoch die Gewalt so groß nicht, als wie sonst, deßhalben es wieder ein Mitigans Poenae abgiebt, und nur Relegatio, aufs höchste Fustigatio, erkannt wird. Jure canonico hätte gleichfalls

die

die Lebensstrafe statt, allein das bürgerliche Recht mildert. Man kann bey allem diesem Georg Adam Struvs Disp. de Venere illicita ejusque coërcitione nützlich gebrauchen.

§. 27.

Sodomia heißt dasjenige Verbrechen, welches verübt wird durch den Beyschlaf mit einer Person vom nämlichen Geschlechte, oder mit einem Thiere, oder zwar mit einer Person vom andern Geschlechte, aber gegen die Ordnung der Natur. Es hat seinen Namen von den Sodomiten erhalten, welche durch Feuer vom Himmel verzehrt worden sind. Die Art der Sodomiterey, welche mit Thieren verübt wird, ist eigentlich die sogenannte Sodomia, und heißt auch *Bestialitas*. Diejenige, welche zwischen Personen vom nämlichen Geschlechte verübt wird, heißt Paederastia, Knabenschänderey, auch Sodomiterey im eigentlichen Verstande. Ersteres wird mit dem Feuer bestraft. Letzteres ziehet die Strafe des Schwerds nach sich. Nach dem Gerichtsbrauche Constit. Crim. Art. 116 hat in beyden Fällen das Verbrennen statt. Auf den Versuch dieses Verbrechens ist das Auspeitschen gesetzt, z. B. wenn einer verjagt worden seyn sollte. Das wird auch für eine Sodomiterey gehalten, wenn man sich mit einer todten Weibsperson zu thun macht, es wird aber nicht so hoch bestraft, als wie die andern Arten, denn das Crimen ist nicht so groß, wiewohl nach Carpzov in Praxi Crim. Poena Gladii zuzuerkennen ist. Die dritte Art der Sodomiterey, welche nämlich beym Beyschlafe und Ehebruch vorkömmt, wenn man nämlich auf eine widernatürliche Art sich vermischt hat, wird ad peccatilla referirt, die man zu Vorbeugung aller Aergernis nicht ahndet, sondern lieber verschweigt. Hieher gehört auch noch die Mastupratio, welche sonst auch Crimen Onaniticum von dem Onan genannt wird. Huber in seinen Observationibus hat den Unterschied inter Crimen Onaniticum et Mastuprationem gewiesen. Jenes kann nur von Verheyratheten begangen werden. Denn Onan war verheyrathet mit seines verstorbenen Bruders Wittwe, und machte Streiche, daß sie keine Kinder bekam. Mithin besteht dieses Crimen eigentlich in der Ausspritzung des Saamens, um das Kindererzeugen zu verhindern. Dieses aber wird von einer jeden Mannsperson begangen. Eine solche Sauerey wird auch bestraft, wenn sie herauskömmt, doch ist es etwas seltenes, daß sie offenbar wird. Sie heißt auch Venus solitaria. Sonst wird sie gemeiniglich arbitrarie Incarceratione, Relegatione, aufs allerhöchste etwa bey Leuten von schlechtem Stande, Fustigatione bestraft. Ehedem stand die Schwerdstrafe darauf. Ein Mitigans Poenae findet sich bey dem eigentlich sogenannten Crimine Sodomiae mit Thieren bey Hirtenjungen, wegen ihrer gro-

ßen Unwissenheit, worinn sie sich befinden, da sie gemeiniglich nicht informirt sind, daß dergleichen Coitus nicht erlaubt ist, und sie sich ihn also nicht als etwas unerlaubtes vorstellen. Da ist Mitigans Poenae ordinariae, daß sie mit dem Schwerde hingerichtet werden. Sonst wird auch das Thier zugleich mit vertilgt, wo nicht verbrannt, doch wenigstens getödtet und vergraben, damit keine Spur vom Verbrechen übrig bleibe, und also das Andenken auf einmal ausgetilgt werde. Einige Physici aber haben auch noch gemeynt, als wenn das Fell von einem solchen Thiere einen gar leicht zu diesem Laster reitzen könnte, so aber aller Wahrscheinlichkeit nach eine bloße Phantasie ist. Wenigstens geschieht es deßwegen nicht, daß man das Thier tödtet, sondern um deßwillen, daß man das Andenken auf einmal vertilgen möge. Denn wenn sonst das Thier bey Leben bliebe, z. B. der Hund, mit dem einer zu thun gehabt hat, oder das Pferd, so blieb es immer im Andenken, und wäre den Leuten ein Abscheu. Endlich ist noch zu bemerken, daß der Beyschlaf mit einem Kinde auch hieher gehöre.

§. 28.

Nun kommen wir auf Crimen *Concubinatus*. *Pellex* und *Concubina* waren bey den Alten von einerley Bedeutung, nachmals ist ein Unterschied entstanden, so daß Pellex amica mariti war. Concubina aber, caelibis Pellex, wird von einigen eine Haushälterinn genennt, es drückt es aber nicht aus. Das können ja auch Eheleute seyn. In Legibus steht: ut corpus misceat. Concubina heißt, welche mit einem einzigen Ledigen unter der Gestalt des Eheweibs, aber ohne die Würde desselben lebt. Vxor Morganatica kann also hieher nicht referirt werden, weil sie eine wirkliche Ehefrau ist, ob sie gleich nicht an der Würde des Mannes Theil nimmt. Der Concubinat war bey den Römern eine geduldete Gewohnheit. Wachter hat eine Dissert de Concubinis geschrieben, worinn er dargethan, daß bey den Römern der Concubinat tolerirt worden ist. Und obwohl die Imperatores beständig einen großen Abscheu daran bezeigt haben, so haben sie ihn doch nicht austilgen können, sondern als ein malum minus toleriren müssen, wie man mehrere Fälle selbst in Republica divina hat, da ein geringeres Uebel zur Vorbeugung eines größern geduldet worden ist. Deßwegen ist auch Legitimatio per subsequens Matrimonium von Konstantin eingeführet worden, weil er dadurch versucht hat, den Concubinat abzubringen. Es war aber doch nicht möglich. Allein durch die reformirte Policeyordnung vom Jahre 1530 ist aller Beyschlaf ausser der Ehe, mithin auch Concubinatus, als eine große Unordnung, die in einer Republik vorgehen würde, wenn er erlaubt seyn sollte, verbothen worden. Er heißt auch in den übri-

gen

gen Reichsgesetzen eine leichtfertige Beywohnung, z. B. in Rec. Imp. de Anno 1548, denn Concubinen bestehlen diejenigen gar leicht, die sie halten. Durch Concubinen kann auch einer gar leicht angesteckt werden, denn eine solche macht sich kein Gewissen, auch einem Andern sich zu unterlegen. Weil man also dergleichen Folgen von Concubinen gefunden hat, so hat man sie nicht tolerirt, insonderheit unter Privatis, deßwegen ist darauf erstlich Gefangenschaft durch etliche Wochen, und wenn einer die Concubine doch nicht fahren lassen will, nachher Landesverweisung gesetzt. Ueberhaupt wird heut zu Tage Concubinatus wie Stuprum bestraft, dabey aber ist doch zu bemerken, daß diese Verordnung nur blos auf die Privatos geht. Bey den großen Herren hingegen cessirt die Räson derselben, vielmehr ist bey ihnen der Concubinat ein Mittel, ihre Familien zu conserviren, woran dem Publikum so viel gelegen ist, um die beschwerlichen Appanagen zu verhüten. Und es ist der Concubinat, wenn er auch gleich nicht förmlich durch eine Trauung an die linke Seite contrahirt worden, ein Matrimonium naturale, aber inaequale, ohne die bürgerlichen Befugnisse, die Concubine hat an dem Stande des Mannes keinen Antheil, auch die Kinder nicht. Mithin sind sie freylich einem Hause so beschwerlich nicht, als wie diejenigen Kinder, welche ex Matrimonio legitimo erzeugt sind, und ordentliche Appanagen verlangen können. Eben um deßwillen ist der Concubinat bey den Römern tolerirt worden, weil Familien dadurch haben können im Ansehen erhalten werden. Es cessiren auch noch andere Unbequemlichkeiten bey großen Herren, denn es ist nicht zu vermuthen, daß dergleichen Concubinen mit andern Leuten promiscue zuhalten werden, wenigstens können eher Veranstaltungen dagegen gemacht werden, als wie inter privatos, und also ist nicht, als wie bey diesen, zu befürchten, daß sie angesteckt werden. Sie haben auch mit der Haushaltung nichts zu thun, können demnach nicht leicht einen großen Herrn bestehlen, als wie eine Privathaushälterinn, die eine Concubine ist. Wenn sie auch gleich viel vom Herrn zieht, so folgt das noch nicht ex Concubinatu, sondern ist ein Accidens. Aus obigem ist nun ferner leicht zu begreifen, warum die Liberi naturales, welches eigentlich diejenigen sind, die ex Concubinatu erzeugt worden, heut zu Tage für Kinder, die ex Stupro erzeugt sind, gehalten werden, so daß jura spuriorum et liberorum naturalium confundirt worden. Sonst hat von Rohr defendiren wollen, daß der Concubinatus inter privatos, wenigstens Nobiles, ebenfalls zu toleriren wäre, allein er hat wenig Beyfall gefunden, und würde die Unordnung allzugroß werden, wenn man die Concubinen erlauben wollte. Unterdessen wo auch der Concubinat tolerirt wird, kann doch nichts gestattet werden, was dem Jure naturae nach mit dem Ehestande streitet. Nun ist bekannt, daß dem Jure naturae nach die Polygamia

verbothen ist. Solchemnach geht es nicht an, daß man eine Concubine halten kann, wenn man eine andere Frau hat, das ist schon Jure romano verbothen, ja es kann keiner mehr als Eine Concubine halten, da es der Vernunft nach eine Polygamie ist, indem der Concubinat ein Matrimonium naturale ist, das Matrimonium naturale aber nur zwischen 2 Personen bestehen kann. Wie denn auch bey den Römern deswegen ein Adulterium begangen werden konnte. Thomasius in Diss. de Concubinatu läugnet, daß Concubinatus J. N. verbothen sey, hat aber darüber Streit mit Breithaupten bekommen.

§. 29.

Lenocinium, Hurenwirthschaft, heißt dasjenige Laster, wenn man Weibspersonen hält, und sie andern für Geld zum Beyschlafe überläßt. Es hat seine Gradus. Der gröste ist, wenn es Eltern verüben, wenn z. B. eine Mutter ihre Tochter hergiebt und sie prostituiren läßt, wie ein Casus bekannt ist, da die Mutter in der Stube gewesen und während der Zeit, als die Tochter prostituirt worden, zum Fenster hinausgesehen, damit sie sich doch einigermassen entschuldigen könnte, sie hätte nichts davon gewußt. Sie ist doch aber am Leben gestraft worden. Diese Hurenwirthschaft wird am Leben bestraft. Eines berühmten Juristen Frau wird beschuldigt, daß sie ihre Tochter auf ihrem Schoose habe prostituiren lassen, es blieb aber stille. Eben daher ist der Fall wohl zu unterscheiden, wenn ein Vater nach vollbrachter That ein Geschenke genommen, daß er schweigen soll. Er ist zwar ein Leno, wird aber gelinder bestraft. Die Jenenser haben einen, der deßwegen Brod und Mehl angenommen hat, auf ewig verwiesen. Der nächste Grad nach diesem ist, wenn ein Mann die Frau prostituiren läßt, und dieses ist zwar auch hart zu bestrafen, aber weil es nicht so groß ist, als das erste, so wird auch die Strafe gemildert. Heut zu Tage nämlich, obgleich sonst die Poena in der Ordinatione Criminali in beyden Fällen Capitalis ist, hat es doch guten Grund zur Milderung, weil es für weit höher zu achten, wenn eine Mutter ihre Tochter, als wenn ein Mann seine Frau prostituiren läßt, die Pflichten sind ja viel größer zwischen Aeltern und Kndern, als zwischen den Eheleuten. Wenn sie ohne Gewinnsucht aus einer Leichtsinnigkeit der Gemüther es thun, so hat Poena Fustigationis statt. In andern Fällen straft der Richter nach Ermessen der Umstände, z. B. wenn einer andere Personen hält, zwischen welchen und ihm kein solcher Nexus ist, als wie zwischen Aeltern und Kindern, zwischen Mann und Frau, sondern es Leute sind, die ihn nichts angehen, wodurch er aber vieles profitiren kann, der mithin Huren, wie man sagt, auf der Streue hält, sie

mögen

mögen nun schon welche seyn oder es erst werden, so wird ein solcher Leno, wenn er des Criminis überführt worden, fustigirt und in perpetuum relegirt, wenigstens, wenn man gelinde mit ihm umgehen will, wird er in perpetuum relegirt. Es muß distinguirt werden, wenn er ein gewisses Lucrum davon hat, wenn sie ihm z. B. einen Dukaten Hurengeld davon geben müssen, so hat Fustigatio statt. Hält einer mit Huren Haus, nur daß er mehr Zechleute bekommt, hat Relegatio statt. Endlich ist noch überhaupt zu merken, daß die Teutschen in Bestrafung der Delictorum Carnis die Schärfe des römischen Rechts und der peinlichen Halsgerichtsordnung meistentheils mäßigen, theils weil sie glaubten, daß sie vielmehr aus einer Uebereilung, als einer Bosheit herrühren, theils weil die Lebensstrafe allzuhäufig eintreten müßte.

§. 30.

Was Todtschlag, Homicidium, ist, das ist bekannt, mithin kann man sich sogleich zu den verschiedenen Arten wenden. Es wird das Homicidium in *dolosum*, *culposum* und *casuale* eingetheilt. Voluntarium seu *dolosum* heißt dasjenige, welches mit Vorsatz verübt worden ist. Dieser Vorsatz ist verschieden. Denn man kann den Vorsatz haben, den Andern ums Leben zu bringen, entweder directe oder indirecte. *Indirecte*, indem man solche Instrumenta gegen ihn gebraucht, woraus der Wahrscheinlichkeit nach auch ohne absichtlichen Todtschlag der Tod erfolgen kann. Wenn er dann daraus erfolgt, ob man ihn gleich nicht intendirt hat, so wird dieses Homicidium auch pro voluntario gehalten. Z. B. wenn einer den Andern mit einem Degen anfällt, welches ein Instrument ist, woraus der Tod erfolgen kann, und womit man zu tödten pfleget, der Tod erfolgt auch darauf, obgleich gegen Willen, so wird dieses Homicidium pro voluntario gehalten, wenn einer gleich nicht den Andern directe ums Leben bringen wollen. Genug, daß er sich hat vorstellen können, daß dadurch, daß er den Degen gegen ihn gebraucht und auf ihn gestossen, der Tod erfolgen kann. Denn die Jureconsulti sagen: Vulnera non dantur ad mensuram, man hat es nicht in seiner Gewalt, die Wunden dergestalt dem Andern beyzubringen, daß es von eines seiner Willkühr abhängt, wie groß sie seyn sollen. Solchemnach wird hier das Homicidium dem Verwunder beygemessen, weil er mit Vorsatz ein solches Instrumentum gebraucht hat, womit man einem andern den Tod anzuthun pflegt, und wodurch auch dem Andern der Tod angethan werden kann. Deßwegen sagt Struv: Dolus in genere sufficit, quo quis dolose operam dedit rei, ex qua homicidium subsequi verisimiliter potuit. So wenn ein Mensch ein Philtrum oder poculum amatorium (Liebestrank) zu präpariren weiß, so muß

sie

sie so dumm nicht seyn, muß demnach auch wissen, daß sie öfters übel ausschlagen. Deßwegen muß sie aber auch für allen Ausgang stehen, wie Stryck in Dissert. de Eventu mit mehrerm gezeigt hat. Wenn man hingegen den Fall setzt, der sich einmal zugetragen, daß einer mit einer Tabackspfeife den Andern todt gestochen hat, so war das kein Homicidium voluntarium, weil das Instrument nicht darnach beschaffen ist, und hat sich einer da nicht vorstellen können, daß der Andere davon todt bleiben werde, wenn er auf ihn sticht. In L. I. §. 3. ad Leg. Corn. de Sicariis wird die Lebensstrafe darauf gesetzt, wenn einer bey entstandenen Händeln den Andern mit einem eisernen Schlüssel todtgeschlagen hat. Wenn er aber nach ihm mit dem Degen sticht, so muß er sich allemal vorstellen, das ist ein tödtliches Gewehr, Instrumentum lethiferum, wo hingegen eine Tabackspfeife so wenig ein tödtliches Instrument ist, als ein spanisches Rohr oder ein andres Werkzeug, womit man niemand umzubringen pflegt. Wenn demnach einer dergleichen Instrumente gegen einen gebraucht hat, und es erfolgt der Tod darauf, so wird das Homicidium pro voluntario nicht gehalten. Man hat aber beym Homicidio nicht nur auf die Beschaffenheit der Werkzeuge, sondern auch der Wunden und die vorhergehenden und begleitenden Umstände Rücksicht zu nehmen. Wenn mehrere Schuldige vorhanden sind, wird im Zweifel der Urheber der Händel für den Todtschläger gehalten. Wie ist es aber, wenn der Urheber unbekannt ist? Antw. Dann können es die Andern für ihn nicht entgelten.

§. 31.

Die Poena Homicidii ist Lebensstrafe, und zwar das Schwerd, woferne der Tod des Andern aus der Verwundung erfolgt ist. Manchmal aber, damit der Verbrecher als Persona honoratior nicht unter des Schinders Hände kommen möge, wird er durch Soldaten erschossen. Diesemnach wird erfordert, daß der Tod ex vulnere und nicht sonst wo hergekommen ist. Ein solches Vulnus, wovon der Andere bleibt, oder welches dem Andern den Tod zuziehet, heißt Vulnus *lethale*. Also wird ein Vulnus lethale erfordert, wenn einer am Leben gestraft werden soll. Wenn einer hingegen sich sollte wegen langsamen Verbindens verblutet oder allzusehr ereifert haben und aus Eifer geblieben seyn, wie man mehr Exempel hat, daß Leute aus Eifer oder in allzugroßer Bosheit, worein sie gerathen, gestorben sind, so ist er nicht ex vulnere gestorben, und also auch eigentlich kein Homicidium begangen worden, solchemnach findet auch Poena Gladii nicht statt. Welches sich eben so verhält, wenn einer durch des Arzts Verschulden oder schlechte Lebensordnung gestorben ist. Da wird das Vulnus per accidens lethale, und heißt deßwegen jenes per se lethale. Daher muß die Besichtigung des Leichnams und der Wunden

von

von den Aerzten in Gegenwart des Richters geschehen. Ein Arzt ist auch hinreichend per Art. Const. Crim. 149. ibi einen oder mehr. Des Medici Bericht wird den Acten beygelegt, und diese werden an die Juristen- und medicinische Facultät geschickt. Stirbt der Verwundete bald auf die Verwundung, so bedarfs nicht einmal einer Besichtigung. Doch ist sie auch dann immer rathsam. Doch ist es kein Hauptfehler, wenn es unterlassen wird. Der Thäter kann doch noch Ordinaria Poena bestraft werden. Genug, wenn es nur eine solche Wunde ist, an der die Leute zu sterben pflegen. In der Const. Carolin. heißt es, alsdenn hätte man auf Lethalitatem vulneris zu sehen, wenn der Verwundete über etliche Zeit stürbe, folglich nicht, wenn er gleich darauf stirbt.

§. 32.

Homicidium Culposum heißt, das aus Fahrläßigkeit verübt wird. Z. B. es hätte ein Holzhauer seine Axt nicht wohl verwahrt, und dadurch geschieht, daß ihm das Eisen ausspringt, und einen Vorbeygehenden tödtet, so ist ein solches Homicidium Culposum, denn es rührt bloß aus Saumseligkeit her, daß einer den behörigen Fleiß nicht beobachtet, und aus keinem proposito oder praemeditato animo, folglich kann dieß Homicidium nicht am Leben bestraft werden. Dolus und lata culpa werden zwar sonst einander gleich geachtet, das geht aber nur an in Causa civili, in peinlichen Fällen aber entschuldigt Dummheit. Nun hat Culpa 3 Gradus. Der Urtheilsfasser muß also auf den Gradum Culpae sehen, wenn es lata, ist Fustigatio, levis, Relegatio, levissima, Relegatio auf zwey, drey Jahre. Man setze Poculum ad Conceptionem, so was Gutes, nicht wie Poculum Amatorium. Z. B. Einer hat eine junge Frau schon viele Jahre, und kann keine Kinder bekommen, endlich kommt ein altes Mütterchen, und will ihr mit einem Trank helfen, sie stirbt aber daran; sie wollte sie nicht umbringen, ist also nur Culposum Homicidium. Sie hätte es einem Medico überlassen sollen, da steht Relegatio oder Carcer darauf. Constitutio Crim. Art. 137. erfordert mit Worten einen fürsetzlich muthwilligen Todtschläger, wenn die Todesstrafe statt haben soll. Das Casuale aber wird gar nicht bestraft, denn eine Strafe erfordert eine Schuld, Homicidium Casuale aber ist einem gar nicht zu imputiren, sondern blos das Dolosum und Culposum sind Crimina Imputabilia. Das Homicidium Casuale aber wird daraus ästimirt, daß einer in einer erlaubten Handlung, Ort und Zeit befunden worden ist. Gesetzt, ein Jäger schießt nach einem Wild, und weiß nicht, daß einer hinter dem Busch steht, und schießt ihn also todt, so ist das ein Homicidium Casuale, denn der Jäger versirt in re licita et loco licito.

licito, indem ihm im Wald zu schießen erlaubt ist, nicht aber einem andern. Er hat es auch zu gehöriger Zeit gethan, mithin ist ihm also gar nichts zu imputiren. Wenn einer aber in re illicita versirt, loco non licito, nec tempore licito, so entsteht daraus ein Homicidium Culposum. Er hat zwar deswegen den Vorsatz nicht gehabt, den andern zu tödten, wenn aber doch daraus ein Todtschlag erfolgt, so rührt er von seiner Culpa her, daß er etwas Unerlaubtes begangen hat, z. B. daß er in Wald hinausgegangen ist, und geschossen hat, da es ihm nicht erlaubt ist, in loco non licito, wenn der Jäger anderswo geschossen hat, als wo er schießen soll; ferner wenn er nicht zu gehöriger Zeit geschossen, und jedoch einen todt geschossen hat. Ein Ziegeldecker sitzt auf dem Dach, er kann nicht immer schreyen. Unten steht ein Mädchen mit einem Kind, so todt dadurch geschmissen wird, das ist Casuale, in Betracht des Kindsmädchens aber Culposum. Einem Barbierer, indem er unter der Kehle barbiert, fällt etwas auf den Arm, daß er die Kehle abschneiden muß, da hat keine Strafe statt. Denn diese setzt ein Verbrechen voraus, hier ist aber keines. Es ist hier ein pures Unglück, daß einer todt geschlagen wird, und kann man es niemand imputiren. Man schlage hierbey nach Ad. Rechenbergs Diss. de Jure Principis aggratiandi circa Homicidium, wie auch Heinr. Cocceji Diss. de Sicariis et Veneficis, Wincklers zu Halle gehaltene Diss. ad Legem Corneliam de Sicariis.

§. 33.

Es giebt auch ein Homicidium necessarium (Nothwehr,) welches dasjenige ist, ohne das man sich gegen den andern nicht vertheidigen und retten kann. Das ist also eine species Defensionis. Nun ist Defensio allemal erlaubt, und was das Medium unicum Defensionis nostrae ist, das muß auch allemal erlaubt seyn. Eine Defensio aber supponirt allemal einen unerlaubten Angriff. Solchemnach wird auch zu diesem Homicidio unerlaubter Angrif erfordert, und weil es als das einzige Vertheidigungsmittel erlaubt seyn soll, so wird auch eine ganz gewiß bevorgestandene Lebensgefahr, oder eine solche, die ohne des andern Entleibung nicht möglich war, erfordert. Man nennt sonst dieß Homicidium Necessarium auch moderamen inculpatae tutelae, oder die Nothwehr, worauf sich zum öftern von denen berufen wird, die das Homicidium nicht läugnen können. Nun ist es zwar in Thesi geschwind gesagt, man aber muß 1) sehen, ob die Aggressio Injusta gewesen ist. Vorsetzlicher Angrif ist nicht nöthig. Ein Rasender greift mich ohne Vorsatz, aber doch auf unerlaubte Art an. So auch ein Betrunkener. Ich kann mich demnach wider Furiosum und Ebrium defendiren, ob sie gleich nicht in Dolo sind, und

sie

sie über den Haufen stossen. Es wird ein wirklicher, persönlicher Angrif erfordert, und ist offensio in verbis nicht genug. Der einen anfällt, muß auch tödtliche Waffen haben. Wenn einer dem andern eine Maulschelle giebt, darf man nicht den Degen ziehen, sonst wird man zwar nicht am Leben, wohl aber sonst gestraft, und kann es zum Staupbesen kommen; nicht am Leben, weil es schwer hält, seinen Schmerz zu unterdrücken. Ist aber der Angriff erlaubt, so ist in solchem Fall die Vertheidigung unerlaubt. Wenn die Obrigkeit einen einzuziehen befiehlt, und der schießt einen von den Soldaten oder Schaarwächtern todt, so kann er nicht sagen, es wäre vis injusta gewesen, und sich aufs moderamen inculpatae tutelae berufen. Den obenerforderten tödtlichen Waffen wird gleich gehalten, wenn einer den andern mit den Händen an der Gurgel anfällt und erwürgen will. Hat dieser einen Degen oder Hirschfänger, kann er ihn tödten, wie Hilliger in Donello Enucl. Lit. L. Lib. 17. c. 2. statuirt. 2) Ob auch praesentissimum vitae periculum da gewesen, daß einem nämlich wirklich der andere nach seinem Leben, gesunden Gliedmassen, oder nach seiner Keuschheit gestellt, oder ihn wohl gar ums Leben zu bringen gesucht hat, und 3) ob dieß praesentissimum vitae periculum nicht anders habe verhütet werden können, als durch Todtschlag des andern, oder aber, ob man sich nicht retiriren können. Im Art. 140 Const. Crim. wird gesagt: und der Benöthigte kann füglich oder ohne Gefährlichkeit und Verletzung seines Leibs und Lebens nicht entweichen. Wenn aber einer auf der Gasse angegriffen wird, er mag nahe oder nicht bey seinem Hause seyn, so darf er nicht fliehen, er könnte sonst leicht fallen. Steht hingegen einer von dem Haus bey offener Thüre daran, und es ruft einer: bleibt stehen Canaille, er bleibt stehen, könnte aber weichen, und sticht ihn todt, da hat moderamen inculpatae tutelae nicht statt. Er wird daher des Landes verwiesen, oder wohl gar am Leben bestraft. In praxi kann Aggressio meistentheils nicht anders, als durch die Folter, oder Territion, oder auch durch den Reinigungseid ausgemacht werden. Welches nun von diesen drey Mediis statt findet, muß sowohl aus des Todtschlägers, als des Umgebrachten vorhergehender Lebensart beurtheilt werden. Ist der Occisus zänkisch oder ein Rennomist, hingegen der Occisor friedfertig gewesen, so glaubt man ihm, daß er angegriffen worden ist, läßt ihn aber sich eidlich reinigen. Ist hingegen der Thäter ein händelsüchtiger Mensch, der Getödtete aber friedfertig gewesen, so kann die Folter statt finden. Sind hingegen beyde Zänker gewesen, so hat der Thäter, weil doch immer das bessere vermuthet wird, doch auch noch einige Präsumtion für sich, und solchergestalt findet die wörtliche oder gar thätliche Schröckung statt. Man hat insonderheit auch darauf zu sehen, ob die Ermordung sogleich auf der Stelle und auf den Angriff

geschehen ist, denn wenn keine Gewalt mehr vorhanden ist, so ist auch keine Nothwehr mehr vorhanden. Wenn sie aber nicht das einzige Vertheidigungsmittel gewesen ist, sondern man sich doch noch wohl gegen die Gefahr hätte retten, und durch richterliche Hülfe helfen können, so kann man auf Nothwehr sich nicht berufen. So auch, wenn einer ohne Recht angefallen worden, und sich gerettet hat, darauf aber wieder, sich zu rächen, auf den andern loß geht, so kann er sich mit dem moderamine inculpatae tutelae weiter nicht helfen, denn das erfordert, daß er auf der Stelle, als sein Leben wirklich in Gefahr war, dem andern den Tod angethan habe. Gleichergestalt, wenn der Aggressor das Haasenpanier aufwirft, muß man ihn laufen lassen. Läuft man ihm aber nach, und stößt ihn nieder, so ist es nicht wegen einer obschwebenden Gefahr geschehen. Freylich aber heißt es auch hier: melius est praevenire, quam praeveniri, oder: man darf nicht warten, bis der andere zuhauet. Es könnte der erste Schlag gleich tödtlich seyn. Ich kann ihm also zuerst den Rest geben. Hat einer vorbesagte Gränzen der Nothwehr überschritten, so hat eine Strafe nach Ermessen des Richters, z. B. Geld- oder Gefängnißstrafe, oder Verweisung auf einige Zeit, statt. Const. Crim. Art. 142.

§. 34.

Bey der *Autochiria*, oder dem Selbstmord, welches auch Propricidium genennt wird, wird distinguirt, ob einer aus Melancholie sich den Tod selbst angethan hat oder nicht. Hat er sich ex Melancholia den Tod angethan, so verdient er Mitleiden. Unterdessen muß man doch die That verabscheuungswürdig machen, deswegen wird er zwar ehrlich begraben, die gewöhnlichen Solennia aber werden doch eingezogen. Des geistlichen Gerichts oder Consistoriums Gutbefinden wird die Anordnung anheimgestellt. Manchmal werden statt der gewöhnlichen Leichenlieder Bußlieder bey der Leiche gesungen, um andern einen Abscheu zu machen. Denn es kann bey den Melancholicis, wenn sie sich vorstellen, daß sie nicht wie sonst begraben werden, und es ein großes Aufsehen geben werde, manchmal einen Eindruck machen, daß sie, wenn sie auf die Gedanken kommen, sich umzubringen, zumal wenn sie ehrgeitzig und wollüstig dabey sind, durch dergleichen Vorstellung abgehalten werden. Wenn sich demnach einer, der nicht melancholisch ist, selbst ums Leben bringt, so muß die Strafe größer seyn. Man hat dabey aber zu sehen, ob ers thut, weil er zu dem Tod würklich verurtheilt worden, und also die öffentliche Strafe verhüten will, oder weil er ein Todesurtheil befürchtet. Thut ers in keinem dieser Fälle, sondern in dem Fall, da er nicht auf den Tod gesehen hat, und also ohne daß er angeklagt worden, oder ohne daß gegen ihn wegen eines Verbrechens

chens Untersuchung angestellt worden, so wird er ohne Crux und Lux, wie man sagt, begraben, und zwar ausser dem Gottesacker, denn er wird dessen nicht würdig geachtet, da er nicht als ein Christ gestorben ist. Deswegen wird er zum Abscheu ausser dem Gottesacker, und auch gemeiniglich von Personen, die levis notae macula laboriren, begraben. Diesemnach muß aber die Strafe in dem Fall noch größer seyn, wenn er sich selbst den Tod angethan hat, da er auf den Tod bereits gesehen hat, als in dem Fall, wenn ihm das Todesurtheil schon angekündiget worden, und er hat etwa ein Messer noch bekommen, und sich damit die Gurgel abgeschnitten, um nämlich die öffentliche Schmach zu verhüten. Da wird die Strafe noch an seinem Körper vollzogen. Er wird nämlich von dem Schinder hinaus geschleppt, und unter den Galgen begraben. Es ist wieder nach der Verschiedenheit und Grad des Verbrechens auch die Strafe verschieden. Nach dem Jure Civili kommt auch noch die Einziehung der Güter hinzu, weil einer sich selbst condemnirt, da er ein Halsverbrechen begangen hat. Bey uns aber ist die Einziehung der Güter des zum Tod Verurtheilten nicht üblich, ausser bey dem Crimine laesae Majestatis. Nicht nur aber aus Melancholie kann einer auf dergleichen Selbstmord verfallen, sondern auch aus einer ähnlichen Krankheit, z. B. wenn sich einer sollte selbst in einem hitzigen Fieber ums Leben gebracht haben, oder, wenn er sonst nicht sollte bey sich selbst gewesen seyn, weil er etwa von Jugend auf blödsinnig oder gar toll gewesen seyn sollte. Bringt er sich selbst ums Leben, so wird er doch ehrlich begraben, die Solennia aber werden, wie billig, eingeschränkt.

§. 35.

Latrocinium heißt ein Gewinnstshalber unternommener Todtschlag. Dieses ist natürlicher Weise größer, als ein simplex Homicidium, denn ein bloßer Todtschlag pflegt gemeiniglich aus einer Jähzornigkeit herzurühren, die einigermassen noch entschuldiget, wenigstens mehr, als wenn man aus Gewinnsucht den andern tödtet. Dieß Laster ist dergestalt verabscheuet worden, daß, wenn auch einer gleich bey dem Getödteten nichts gefunden, er doch am Leben gestraft worden, ja, wenn er nur die Absicht haben sollte, einen zu tödten, auch würklich Hand an ihn gelegt, und gemeynt, daß er todt sey, selbiger aber wieder auf und davon geht, und es anzeigt, es doch als ein Strassenraub angesehen, und er also als ein Strassenräuber bestraft wird. Man sieht also gleich, daß allein und nur auf die Strassen das Delictum nicht einzuschränken ist, sondern auch ausser diesen Fällen ein Latrocinium, z. Ex. in einem Haus verübt werden kann, z. B. wenn man in ein Haus einbricht, und ermordet den Wirth, Frau, Knecht und Kinder, was man darinn antrift,

trift, damit man desto sicherer das Haus berauben kann. In dem Fall ist es auch ein Latrocinium, ob es gleich auf der öffentlichen Strasse nicht ist verübet worden, da es Gewinnsts halber geschehen ist. Dieß Latrocinium hat seine Grade, nachdem nämlich mehr oder weniger Grausamkeit dabey ausgeübet worden, und nach Verschiedenheit der Personen. Gewöhnlich hat das Rad statt. Denn diese Strafe ist härter als Poena Gladii. Gemeiniglich aber geschieht das Radbrechen von oben herunter, denn diese Strafe ist auch noch gelinder, als wenn es von unten hinauf geschieht. Daher wird die Strafe, wenn eine große Grausamkeit bey einem Latrocinio verübt worden, dadurch erhöhet, daß von unten hinauf das Rädern geschieht, vorher aber auch noch auf einer Ochsenhaut und Schleife der Verbrecher hinaus geschleppt wird. Wie mir denn ein Fall bekannt ist, daß ein Soldat ein Mädchen von der Straße weggeführt, in das Korn hineingebracht, sie ausgezogen, geschwächt, und hernach umgebracht hat. Der wurde solchergestalt bestraft, daß er auf einer Ochsenhaut hinaus geschleppt, und nachher von unten hinauf gerädert wurde. Das ist nicht Poena Ordinaria Homicidii, sondern dieselbige geht von oben herunter. Bisweilen wird der Verbrecher vorher mit glühenden Zangen gezwickt, um dadurch die Strafe zu erhöhen. Und zwar hat man im Gebrauch, daß man einen so vielmal zwickt, als er Menschen umgebracht hat. Wobey aber die Criminalisten statuiren, daß man einen über 6 mal nicht zwicken soll, wenn er auch noch so viele umgebracht habe, weil man es nicht länger ausdauern kann. Es giebt aber auch hier Milderungsgründe.

§. 36.

Assasinium (Meuchelmord) heißt ein verdungener Todtschlag. Diejenigen, die sich von andern zum Mord miethen lassen, heissen Banditen. Nun ist freylich des Banditen Bosheit noch größer, als dessen, der es ihm aufgetragen hat. Er ist auch noch viel gefährlicher in der Republik, als der Mandans, denn dieser trägt doch noch einige Scheu, das Verbrechen selbst zu verüben, deswegen gebraucht er eben den Banditen. Also ist freylich der Bandit noch gefährlicher, als der ohne alle Scheu den andern mordet, und alle Furcht auf die Seite setzt. Es wird deshalben auch in Ansehung der Strafe ein Unterscheid gemacht, und der Bandit gerädert, hingegen das Schwerdt dem Mandanti zuerkannt, denn es ist hier das Verbrechen größer als ein bloßer Todtschlag. Auch hier entstehet es aus Gewinnsucht, da ein bloßer Todtschlag nicht aus einer solchen Absicht, sondern aus Jähzorn geschehen kann. Bynckershöck hat angemerket, daß vor 200 Jahren in den Niederlanden der Todtschlag noch nicht am Leben bestraft worden, weil man gemeynt, es geschehe meisten-

meistentheils aus einer solchen Ursache, um derentwillen es einem nicht könnte beygemessen werden, nämlich aus einer Jähzornigkeit, worein gemeiniglich einer von dem andern gesetzt werde. Dann hat man gemeynt, daß es den Teutschen nichts unanständiges seye, da noch die kriegerischen Gemüther bey den Teutschen waren. Wie man denn findet, daß vormals überhaupt bey den Teutschen das Homicidium nicht capitaliter bestraft worden, weil man meynte, es stünde einem Teutschen von solcher kriegerischen Nation gar wohl an, wenn er den erlittenen Schimpf auch allenfalls mit dem Tod zu rächen suchte, wenigstens wäre es keine Proportion, daß, wenn er auch einen Excess hier begienge, er deswegen am Leben gestraft werden sollte. Das Assasinium ist *proprium* oder *improprium*, jenes, wenn ein Ungläubiger sich miethen läßt, einen Christen umzubringen, dieses, wenn ein Christ sich miethen läßt, einen Christen umzubringen, als wie die Banditen in Italien. Und reicht hier jeder Vortheil, z. B. Kleider, Korn, ꝛc. also nicht nur Geld, hin. Es hat seinen Namen ab Assasinis, einem Parthischen Volke in Asien, die den Christen sehr gehäßig waren, sich daher auch leicht miethen liessen, sie umzubringen. **Lauterbach** hat eine Diss. de Crimine Assasinii geschrieben.

§. 37.

Parricidium ist ein gröberer Todtschlag der Eltern, Verwandten und Verschwägerten. Alle vorhin angeführte Arten des Homicidii, das Latrocinium, Assasinium, und dieses sind lauter Homicidia qualificata, welche nämlich durch ihre besondern Umstände größer werden. Unter dergleichen Umstände nun gehören auch die Verwandtschaft und Schwägerschaft. Das Parricidium wird late und stricte genommen. Late bedeutet es den Todtschlag jedes Verwandten, Schwagers, oder auch Ehegatten. Daher wenn auch der Mann die Frau, oder die Frau den Mann tödtet, durch Vergiftung oder sonst, so heißt es ein Parricidium. Stricte aber heißt der Todtschlag der Kinder und Eltern, oder unter den Verwandten der auf- und absteigenden Linie, Parricidium. Das ist nun auch die schlimmste Art des Homicidii, wenn man das Parricidium an seinen Kindern und Eltern verübt. Daher ist auch die allerschwerste Strafe darauf gesetzt, nämlich Poena Culei oder Suffocatio, die Säckung, und zwar dergestalt, daß auch diejenigen, die zu dem Parricidio nur geholfen haben, ebenfalls damit belegt werden, ob sie gleich in der That nur ein simplex Homicidium verüben, weil sie zu diesem abscheulichen Laster Gelegenheit gegeben haben, und manchmal es ohne dergleichen Helfer würde unterblieben seyn. Die Säckung nun besteht in einem solchen Actu, der heut zu Tage bloße Anspielung ist, ausser dem, daß der Verbrecher dadurch ums Leben

kömmt.

kömmt. Bey den Alten aber, da noch alles würklich mit in den Sack hinein gethan worden, ist auch die Strafe dadurch erhöhet worden. Es wird nämlich der Verbrecher in einen ledernen ausgepichten Sack gethan, und ins Wasser geschmissen. Durch den Sack wird angedeutet, daß ihn die Luft nicht mehr leiden wolle, sondern ihn von sich ausschließe. Wenn er von der Erde weggestossen wird, so deutet man dadurch an, daß er auch von der Erde verstossen werde, und daß ihn also die Elemente verstossen, denn auch selbst im Wasser geht er nicht gleich unter, und wird damit angedeutet, daß ihn auch das Wasser nicht leiden wolle. Demnächst werden in den Sack zugleich allerhand Thiere gethan, um auch hierdurch seine abscheuliche That abzuschildern. Es wird ein Hund hineingethan, um dadurch anzudeuten, daß ein solcher Mörder noch geringer als ein Hund sey, weil bekannt ist, was für große Liebe die Hunde gegen ihre Junge haben. Nebstdem wird auch noch ein Affe, nach den alten Gewohnheiten, hinein gethan, um dadurch anzuzeigen, daß ein Parricida nur dem äusserlichen nach ein Mensch, innerlich aber vielmehr ein Unmensch sey, deswegen sind auch schon die Römer auf die Säckung gefallen, denn die Monstra wurden ins Wasser geschmissen. Weil sie nun die Parricidas als Monstra angesehen, so haben sie dieselben ins Wasser geschmissen. Heut zu Tage thut man anstatt des Affens, weil es ein rares Thier ist, wo man noch Thiere hinein thun sollte, Katzen hinein, wegen ihres höhnischen und falschen Wesens, das sie an sich haben, ein Parricida aber die größte Falschheit gegen seine Eltern oder Kinder bezeigt. Nächstdem wird noch eine Otter mit hinein gethan, um anzudeuten, daß ein Parricida ein Ottergezüchte sey, denn Plinius in seiner Historia naturali meldet von der Otter, daß bey der Begattung und der Saamenvermischung das Weibchen dem Männchen den Kopf abbeisse, und wenn nachher die Otter wieder gebähren wolle, ihr die Jungen den Leib aufbeissen, und sie also auch krepiren müsse, wodurch demnach auf die Grausamkeit der Kinder gegen ihre Eltern gedeutet worden. Es ist beydes grausam, sowohl wenn ein Weib dem Kind, als auch wenn Kinder ihrer Mutter den Tod anthun. Der Glossator ad Jus Saxonicum hat schon wohl bemerkt, daß die Symbola mit Grund beygefügt würden, ob er gleich manchmal in explicandis Symbolis wunderliche Exceptiones beybringt. Nun kann man leicht begreifen, daß die Strafe ehemals, da die Thiere würklich mit in den Sack gethan worden, sehr hart gewesen, denn im Sacke sterben die Thiere nicht alle gleich, hingegen sind sie alle grimmig, und packen also den Menschen im Sacke an, so daß er in die größte Verzweiflung geräth. Heut zu Tage werden sie daher gemeiniglich nur gemahlt hinein gethan. Wo man aber heut zu Tage kein Wasser hat, da wird das Rad zuerkannt, das aber freylich noch härter als

Suffo-

Suffocatio ist, denn es sind viel mehr Schmerzen dabey, als bey der Säckung.

§. 38.

Unterdessen ist die Strafe geringer bey Seitenverwandten und Verschwägerten, und zwar gewöhnlich das Schwerdt. Allein nach Beschaffenheit der Umstände und des Vorsatzes, der dabey zu finden ist, wird die Strafe auch wieder erhöhet, nämlich durch glühende Zangen, durch das Schleppen auf der Schleife, auch wird manchmal der Körper noch nach dem Tod auf das Rad geflochten, z. B. bey Geschwistern, bey Verschwägerten in der rechten Linie, und nach dem Sachsenrecht bey den Eheleuten.

§. 39.

Brand, *Incendium*, wird in simplex et qualificatum eingetheilt. Simplex Incendium heißt dasjenige, welches blos um Schaden zuzufügen verübt wird, wenn man einem z. B. sein Haus ansteckt, oder seine Scheune. Dergleichen Incendiarii heissen auf deutsch Brenner. Hingegen Qualificatum ist, wenn man dabey die Absicht hat, daß ein Mensch umkommen und mit verbrennen soll. Dergleichen Incendiarii heissen Mordbrenner. Das letztere Delictum nun ist viel größer, als das erste. Daher wird auch gemeiniglich bey jenen die Strafe geschärft, es wird der Incendiarius verbrannt, und innerhalb dem Scheiterhaufen, noch ehe das Feuer an den Menschen kommen kann, erwürgt. Welches statt hat, es mag der Verbrecher ein Mann oder Weib, das Verbrannte ein Haus, Scheuer, oder Holzstock seyn, ein Voll- oder Minderjähriger, auf dem Dorf oder in der Stadt, in seinem oder eines andern Haus es gethan haben. Jedoch wenn einer vor kurzer Zeit erst volljährig geworden, wird er erst geköpft, und nachdem verbrannt. Ferner wird auch dieß Crimen eingetheilt in perfectum et imperfectum. *Perfectum* heißt dasjenige, wenn würklich der Schade erfolgt ist, den man dadurch intendirt hat, z. B. das Haus ist würklich abgebrannt; hingegen *imperfectum* heißt dasjenige, so in einem bloßen Versuch besteht, da man Feuer angelegt, wenn man nämlich nur die Materialien zusammengebracht hat, das Incendium aber nicht zu Stande gekommen. Hat man sie schon würklich angezündet, es hat doch aber noch nicht die Sache ergriffen, welche dadurch hat angezündet werden sollen, oder es ist bey Zeiten die Feuersbrunst gelöschet worden, daß kein Schade sich zutragen können, so wird doch wegen der Gefahr, welche einer ganzen Stadt oder Dorf bevorstund, die Poena Ordinaria zuerkannt, wenn auch gleich der Schaden noch sollte doppelt vom Incendiario ersetzt werden wollen, denn es

kömmt hier auf die Gefahr an, die der ganzen Stadt oder Dorf bevorstund. Eben deswegen distinguirt man auch, wenn in einem entferntern Ort, oder auch wohl gar ausser der Stadt ein Incendium sollte verübt worden seyn, wo nämlich die Stadt nicht zugleich in Gefahr gewesen ist. Wenn eine Scheune, die im Feld oder in einem Garten stehet, sollte angezündet worden und dadurch zu Grunde gegangen seyn, so findet nur Poena Gladii statt. Das supponirt aber ein Incendium Dolosum, daß man nämlich den Schaden des andern, oder auch gar des andern Tod zur Absicht gehabt hat. Es findet daher Poena Mitior in Incendio Culposo statt. Wenn man nämlich mit dem Feuer im Hause nachläßig umgegangen, und ein Brand dadurch entstanden ist, welcher großen Schaden zugefügt hat, da kann aufs höchste nur Fustigatio nach dem Gradu Culpae erkannt werden. Ist es per levem Culpam geschehen, so steht Relegatio, ist es aber nur levissima gewesen, Gefängnißstrafe darauf. Hat er Geld, muß er den Schaden ersetzen. Ist es culpa lata, so wird er ausgepeitscht. Man hat anbey darauf zu sehen, ob es von dem Hausvater selbst, oder aber von jemand der Seinigen, z. B. der Magd, geschehen ist. Im erstern Fall muß er den Nachbarn den verursachten Schaden ersetzen, oder wenn er mittellos ist, am Leib abbüssen. Im letztern Fall aber muß man sehen, ob der Hausvater durch die Nachbarn wegen seines unvorsichtigen Gesinds gewarnt worden ist oder nicht. Ist er gewarnt, und entläßt das Gesinde nicht, so muß er für den Schaden haften. Ist er aber nicht gewarnt, so wird es für ein Unglück gehalten, und darf der Hausvater den Schaden nicht ersetzen. Casuale Incendium ist z. B., wenn das Wetter einschlägt, da kann niemand was dafür. Stryck hat de Incendio casuali geschrieben. Der Beweiß der Nachläßigkeit beym Brand liegt dem Beschädigten ob. Es mildert auch beym vorsätzlichen Brand, wenn es den Brenner während oder gleich nach dem Anzünden gereut, und er die Leute zum Löschen ruft. In diesem Fall hat die Schwerdtstrafe statt. Sonst bey dem Incendio Doloso distinguirt man auch noch, ob es noch weit von der Entzündung entfernt gewesen oder nicht. Ist es noch weit davon entfernt gewesen, man ist aber doch damit umgegangen, so findet die Landesverweisung statt; ists aber nahe gewesen, z. B. es ist schon alles beysammen von den Materiis inflammabilibus, so findet der Staupenschlag statt. Und wenn einer die zum Anzünden hingelegten Dinge zurücknimmt, ohne dieselben würklich angezündet zu haben, so wird er willkührlich bestraft.

§. 40.

Oeffentliche Vergwaltigung, Crimen vis publicae, ist zuerst vom Kaiser Augustus bestraft worden, weil sich so vielerley Privatkriege vorher hervorgethan

gethan hatten, und durch Julius Cäsar alles in Verwirrung gekommen ist. Woraus gleich ersichtlich ist, was vis publica sey, nämlich diejenige, welche mit gewafneter Hand ausgeübt wird. Vis überhaupt enthält eine Verletzung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit. Wenn es aber insbesondere vermittelst Gewehr geschieht, so heißt es vis publica. Arma werden in Jure in arma proprie vel improprie dicta distinguirt, jene sind Flinten, Degen, Partisanen, diese Dreschflegel, Mistgabeln, Steine. Es mögen Arma seyn, wie sie wollen, so ist es allezeit Vis publica. Heut zu Tage aber wird gar selten diese Vis publica vorkommen, ohne daß sie in ein anderes besonderes Verbrechen, z. B. Strassenraub, Mord, Aufruhr, Entführung oder Nothzucht ausartet. Alsdenn giebt die Vis allemal einen Umstand ab, wodurch das Crimen größer wird, als sonst. Deswegen ist auch heut zu Tage die Poena Arbitraria. Diese kann nach Befinden der Umstände bis zur Lebensstrafe ausgedehnt werden. Drey Schelmen passen einem Kaufmann mit Waffen auf, und zwingen ihn dadurch, daß er ihnen sein Geld geben muß. Hier ist es zwar vis publica, und nicht Roboria. Machen sie sich gar über ihn, und schlagen ihn todt, so ist es wieder zwar Crimen vis publicae, weil es aber in Latrocinium ausartet, so steht nicht Poena Arbitraria darauf. Unter gedachten Umständen ist auch jeder befreyte Ort, z. B. die Residenz des Fürsten, enthalten. Wenn jemand da den Degen gegen den andern zückt, dem wird die Hand abgehauen und er wird verwiesen, oder gar noch ausgepeitscht, wie Stryck in Diss. de Sanctitate Residentiarum mit mehrerm ausgeführet. So verhält es sich auch, wenn einer den andern in einem Schloß, quod Jure Burgi gaudet, das den Burgfrieden hat, umbringt.

§. 41.

Die Vergwaltigung artet in einen Landfriedensbruch aus, wenn man mit einem Complot gewafneter Leute den andern, der einem nicht unterworfen, anfällt, und ihm alles ruinirt, z. B. das Haus einreißt und alle Ländereyen verwüstet. Armati homines heissen überhaupt diejenigen, welche mit allerhand Instrumenten kommen, womit man Schaden zufügen kann. Gegen Unterthanen wird dieses Verbrechen nicht begangen. Man muß also dabey zuforderst auf die Personen sehen, gegen welche solche Homines Armati gebraucht werden, ob es Unterthanen sind oder nicht. Ehe Maximilian das Reichscammergericht 1494 errichtete, war Jus manuarium, das Faust- und Kolbenrecht, in vollem Gebrauch. Jeder war sein eigener Richter, wenn er was zu suchen hatte. Dieses nun sah der Kaiser als einen großen Staatsfehler an, errichtete deswegen den Landfrieden, und das Cammergericht, daß man vor selbigem

seine Sachen ausführen sollte, sonst sollte einer ein Friedensstöhrer seyn, und zwar wurde dieses Verbrechen bey Lebensstrafe verbothen. Wer daher dergleichen verübt, daß er nämlich mit gewafneter Hand den andern anfällt, mithin Landfriedensbrüchig wird, der wird, wenn er gegenwärtig ist, mit dem Schwerdt bestraft, ist er aber abwesend, in die Reichsacht erklärt. Das ist der gewöhnliche Fall der Vergwaltigung.

§. 42.

Geschieht es nun aber ohne Waffen, daß einer nämlich die öffentliche Ruhe und Sicherheit stöhrt, z. B. er nimmt zwar auch Leute zu sich, sie haben aber keine Waffen, sondern gebrauchen nur ihre Fäuste, so ist das vis privata, und die willkührliche Strafe, nach Beschaffenheit der Personen und Umstände, Gefängniß, Verweisung oder Geldstrafe. Dergleichen geschieht nun bey unrechtmäßigen Pfändungen, z. B. der Bauren. Vor diesem war der Unterschied, wenn der Vergwaltiger ein Staatsbedienter war, so war es vis publica, war es aber eine bloße Privatperson, die Gewalt nur vis privata. Heut zu Tage aber sieht man darauf, ob Waffen gebraucht worden sind oder nicht. So ist es bloße vis privata, wenn einer mit zusammengerotteten Leuten Gewalt anlegt, um einen zu prügeln, dabey aber niemand umgekommen ist. Fetz hat zu Straßburg eine Diss. de Vi publica et privata gehalten.

§. 43.

Das *Crimen falsi*, welches Lege Cornelia besonders bestraft worden, gieng zur Zeit des Diktators Cornelius Sylla stark im Schwang, und wurde besonders bey Testamentis und Instrumentis verübt. Es ist dasjenige Verbrechen, da man gegen die Wahrheit dem andern zum Nachtheil handelt, z. B. ein falsches Zeugniß ablegt, falsche Bettelbriefe bey sich hat, oder wenn man bey des Testirers Lebzeiten ein Testament eröfnet, und Legata gegen dessen Willen zuschreibt, welches Crimen schon durch das Senatus Consultum Libonianum unter Nero verbothen worden ist. Es setzt immer voraus 1) eine Unterdrückung der Wahrheit, 2) und zwar aus Vorsatz, und 3) zum Nachtheil eines andern. Und dann muß 4 eine besondere gesetzliche Verordnung darüber vorhanden seyn. Eine Schelmerey, die von den Gesetzen ausdrücklich bemerkt worden ist, ist Crimen falsi. Ist es aber eine in den Gesetzen nicht berührte Betrügerey, so heißt selbige *Stellionatus*, unter dem also alle übrige in den Gesetzen nicht bemerkte Schelmereyen begriffen werden. Die Verfälschung oder Betrügerey wird begangen entweder durch die Person oder durch

ein

eine Sache. Jenes z. B. wenn ein Jude sich zweymal taufen läßt, oder ein Zigeuner sein Kind, wenn sich einer für einen Doctor oder Edelmann ausgiebt, der es nicht ist; dieses, wenn man überhaupt falsche Briefe oder Documenta und Siegel macht. Wegen der großen Verschiedenheit der Umstände dieses Verbrechens nun hat man keine gewisse Strafe darauf setzen können, sondern die Poena ist arbitraria, z. B. Auspeitschen, wenn einer falsche Bettelbriefe bey sich führt, z. B. Brandbriefe, desgleichen auch, wenn er großen Schaden dadurch gethan haben sollte, so kann auch Brandmarken darauf erfolgen. Sonst aber, wenn etwa nur falsa bey einem Instrument oder einem Testament sollten begangen worden seyn, so ist die Strafe nicht so groß, denn das Publicum wird nicht sowohl dadurch lädirt, als privati, da findet also Verweisung oder Gefängnisstrafe statt. Bisweilen hat auch Lebensstrafe statt, in dem Fall z. B., wenn man den andern durch ein falsches Zeugniß, so man gegen ihn abgelegt hat, ums Leben sollte gebracht haben. Wenn jemand sich des landesherrlichen oder sonst eines öffentlichen Siegels bedient hat, so wird er ausserordentlich bestraft. Eine Species Criminis falsi ist auch

§. 44.

das Falschmünzen, *Crimen falsae Monetae.* Das kann nun auf vielerley Weise verübt werden. Wenn einer münzt, der das Recht zum Münzen nicht hat, hingegen aber gutes Schrot und Korn hat, so betrügt er zwar niemand. Er verübt doch aber ein Crimen laesae Majestatis, deswegen er doch aber so hart nicht gestraft wird, wie sonst, sondern es findet Auspeitschen, aufs höchste die Schwerdtstrafe statt. Sonst aber wird der Falschmünzer lebendig verbrannt, wenn nämlich Schrot und Korn nicht justi valoris ist. Und zwar hat dieses statt, nicht nur wenn grobe Münze, sondern auch wenn Scheidemünze in großer Menge geschlagen worden ist. Schrot ist der Zusatz, Korn z. Ex. Silber, beydes zusammen ist also die Materie. Das Lebendigverbrennen kömmt her von den Zeiten **Constantins des Großen**, denn da ist die Verfälschung der Münzen insonderheit im Schwang gegangen, wie man denn auch bey den Scriptoribus rei Numismaticae findet, daß die meisten Nummi Adulterini von den Zeiten **Constantins des Großen** herkommen. Allein nicht nur in Ansehung der Materie oder Schrots und Korns, sondern auch in Ansehung der Form kann dieses Crimen begangen werden. Was nun die Radirung oder Beschneidung der Münze betrift, so hat solches auch seine Gradus, denn wenn das Geld, z. B. die Ducaten überwichtig gewesen und beschnitten sind, so giebt es einen Milderungsgrund ab, sonst aber findet Poena

Gladii statt, wenn man aber gnädig verfahren will, Poena Relegationis, oder auch Incarcerationis, so daß dergleichen Leute zu öffentlicher Arbeit, oder auf lebenslänglich, oder doch lange Zeit ins Zuchthaus verurtheilt werden. Denn durchs Beschneiden tritt man des Landesherrn Würde zu nahe. Gleiche Strafe hat auch statt, wenn man reichhaltigere Münze verschmelzt und in geringhaltigere umprägt. Wohin das Granulieren gehört, dabey nämlich die Thaler mit vielem Zusatz von Kupfer vermischt und so zusammen geschmolzen werden, welches auch das Körnten der Münze heißt. Man conferire Edict. Monet. de Anno 1559. §. ordnen 171: Daß männiglich bey Strafe des Feuers Granulieren, Körndten ꝛc. sich enthalten solle. Es wird aber auch dabey erfordert, wenn bey uns das Feuer statt haben soll, daß ein Falschmünzer auf den Stempel das Bild eines deutschen Fürsten gesetzt habe, denn sonst verübt er zwar Crimen falsi, aber kein Crimen laesae Majestatis im Reich. Wenn er z. B. falsche Louisd'or gemacht, so wird er in unserm Reich nicht lebendig verbrannt, sondern es findet nur Poena Gladii statt. Man muß aber zugleich auch darauf sehen, ob der auswärtige Fürst nicht auch zugleich ein deutscher Reichsstand ist, wie der König in Schweden, der König in Engelland, die als deutsche Reichsstände haben Münzen schlagen lassen. Der Münzer selber wird mit dem Feuer gestraft, und der, so dazu geholfen, mit dem Schwerdt. Die das gemünzte Geld ausgeben, und gutes dafür einwechseln, sollten wohl billig gleiche Strafe leiden. Doch wird ihnen gemeiniglich nur das Auspeitschen zuerkannt. Man schlage hierbey nach Art. CXI. CCC. und überhaupt **Casp. Achat. Beck** de Lege Cornelia Testamentaria, et SCto Liboniano.

§. 45.

Crimen Repetundarum heißt dasjenige Verbrechen, welches verübt wird, wenn einer sein Amt für Geld verwaltet, oder Geschenke annimmt, daß er thue, was er ohnedem thun soll, z. B. wenn sich ein Richter bestechen läßt. Da ist dann die Poena wieder arbitraria. Es kann Lebensstrafe statt haben, wenn ein solcher Richter einem Unschuldigen das Leben abspricht, denn da hat das Schwerdt statt. Es müssen aber die Acten auf Universitäten verschickt werden. Die gewöhnlichste Strafe ist, daß er vom Amt entsetzt wird, und alles wieder herausgeben muß, was er empfangen hat. Eben von dieser repetitione, welche allen, welche auf diese Art haben Geld geben müssen, zusteht, heißt das Crimen Crimen Repetundarum sc. pecuniarum. Es wird auch verübt, wenn einer in einer gerechten Sache Geld genommen hat, denn er hat einen Eid zur Justiz geschworen, sollte also von selbst ein gutes Urtheil sprechen. Eben so ist es Verbrechen, wenn einer durch seine Frau oder Kinder Geld annimmt.

L. f. C.

L. f. C. de Leg. Jul. repetund. secundum L. 18. ff. de Officio Praesid. Eß- und Trinkwaaren kann der Richter annehmen, wenn es nur nicht zu viel ist. Doch enthält sich ein kluger Richter auch derselben, Exod. XXIII. ℣. 8. Du sollst nicht Geschenke nehmen, weil die Geschenke blind machen, und der Gerechten Sache verkehren. Ueber dieses redet angezogener Lex von Praesidibus provinciarum e longinquo advenientibus, welchen Eß- und Trinkwaaren gegeben wurden, zur Bezeigung der Freude über die glückliche Ankunft derselben, welches auf unsere Richter nicht paßt, weil sie zu Haus ihr Amt verrichten, und nicht erst deswegen weit reisen dürfen. Indessen bezeuget Stryck de Jure Sensuum Diss. VI. C. IV. n. 41., die gegenseitige Meynung sey die angenommene. Es heißt dies Crimen auch *Barrataria*, gleichsam als würde die Justiz gegen Geld vertauscht. Denn Barratare heißt so viel, als commutare. Lyncker hat de Barrataria geschrieben.

§. 46.

Von dem Crimine Fraudatae Annonae macht Struv eine solche Definition, daß man es a Crimine Dardanariatus nicht unterscheiden kann, und doch ist es bey den Römern unterschieden gewesen. Heut zu Tage ist freylich kein großer Unterschied zwischen beyden Verbrechen, allein man kann es doch distinguiren. Eigentlich heißt Crimen Dardanariatus dasjenige, wenn einer durch Aufkaufung der Früchte eine Theurung verursacht hat. Der eigentliche Casus Fraudatae Annonae aber ist gewesen, wenn einer mit Viktualien hat auf der Tyber einfahren wollen, und ihn einer aufgehalten, und ihm gesagt, es wären dergleichen Viktualien genug in der Stadt, wodurch er ihn verleitet, daß er wieder zurückgefahren, daß daher geschehen, daß die Viktualien theurer geworden, welches er eben gewollt hat. Man sieht aber freylich, daß es in der That einerley ist, ob einer auf diese oder andere Weise eine Theurung macht. Deswegen ist in beyden Fällen die Poena Arbitraria, und hat man auf den Schaden zu sehen, der dadurch dem Publico zugefügt worden ist. Weshalben, wenn auch etwa zur Zeit der Theurung viele Leute dadurch gestorben seyn sollten, oder dem Staat sonst ein großer Nachtheil zugefügt worden ist, eine Lebensstrafe zuerkannt werden könnte. Es ist aber nicht leicht möglich, daß die Obrigkeit leiden sollte, daß die Leute Hunger sterben. In den Reichsabschieden ist die Einziehung des Vermögens darauf gesetzt, welche auch sehr angemessen ist, da dies Crimen von einem abscheulichen Geitze herrühret. Man bricht einem solchen Wucherer auch den Boden auf, und muß er das Korn für billigen Preiß verkaufen. **Georg Ad. Struv** hat de Vindicta, Aedilitiis

et

et Annona geschrieben. Unter dem Worte Annona wird hier alles begriffen, was zum Lebensunterhalt, also auch Holz, gehört.

§. 47.

Crimen Peculatus heißt ein Diebstahl, der an rebus publicis verübt wird, wenn z. Ex. Gelder, die dem Publico zustehen, oder auch Sachen, die dem Publico sind, z. B. Früchte auf dem herrschaftlichen Boden, gestohlen werden. Und also ist dies Crimen eine Art des Diebstahls. Wer einem Publico Geld wegnimmt, begeht Crimen peculatus, wer es einem Privato wegnimmt, Furtum. Nun sollte freylich dieß Furtum, wenn einer z. Ex. die königliche oder Rathskammer bestiehlt, noch größer, als ein anderes bestraft werden, da hier noch eine besondere Pflicht vorhanden ist, solche res publicas zu erhalten, denn ein jeder Subditus ist verpflichtet, die bona Reipublicae zu erhalten, und vielmehr zu vermehren, als zu vermindern. Allein heut zu Tage wird es doch nur als wie ein anderer Diebstahl bestraft, wenn nicht die Landesgesetze eine besondere Strafe darauf gesetzt haben. Es bleibt auch dieses Verbrechens Abwandlung über 20 Jahre offen, weil es wie ein Diebstahl behandelt wird. Was demnach oben bey dem Furto bemerkt worden ist, das muß auch hier bey dem Crimine peculatus beobachtet werden. Es muß also die Entwendung Gewinnsts halber geschehen. Crimen peculatus von dem Crimine de Residuis zu distinguiren, ist erforderlich, daß das Crimen peculatus von einem verübt wird, dem die Gelder oder Sachen zur Verwaltung nicht anvertraut worden sind, sonst verfiel das Crimen gleich ins Crimen de Residuis, denn wenn der Acciseinnehmer, der Zollverwalter was unterschlägt, so heißt es Crimen de Residuis. Wenn der Burgermeister die Rathskämmerey bestiehlt, so ist es peculatus, wenn es der Kammerer thut, dem die öffentlichen Gelder anvertrauet sind, so ist es Crimen de Residuis.

§. 48.

Das Crimen Sacrilegii (Kirchenraub) ist ein an Kirchensachen begangener Diebstahl, z. B. wenn man die Monstranz stiehlt, die Kelche, auch in des Pfarrers Haus, die Meßgewande oder Geld aus dem Opferstock ꝛc., so heißt das alles ein Sacrilegium, welcher letztere Fall doch aber nicht so groß ist, als die andern, weil das Geld keine geweihte Sache ist, ob es gleich auch aus einer geweihten Wohnung, nämlich aus der Kirche, gestohlen wird. Denn die Violatio der geweihten Sachen bewirkt nach dem Jure Canonico dies Crimen. Und weil es in Einem Casu größer ist, als in dem andern, selbst wenn es an geweihten Sachen verübt wird, so hat auch die Strafe verschieden

seyn

seyn müssen. Wenn es verübt wird an einer Monstranz, daß nämlich eine Monstranz, worinn die Hostie ist, gestohlen wird, so hat nach den Principiis Juris Canonici, die von der Transsubstantiatione herrühren, das Verbrennen statt. Art. 172. C. C. C. heißt es ausdrücklich: daß auf den Diebstahl der Monstranz, in der die Hostie gewesen ist, das Feuer gesetzt seyn solle. Also fällt diese Strafe weg, wenn die Hostie darinn nicht vorhanden gewesen ist. Wie können es also diejenigen verantworten, welche die Juden, die solche Monstranzen gekauft, sogleich verbrennen zu lassen bedacht sind, ja wohl gar diejenigen, welche sonst andere heilige Gefässe entwandt haben, mit gleicher Strafe belegen? Geschieht der Kirchenraub an einem heiligen Ort, so ist es ein Sacrilegium proprie sic dictum, sonst ist es bloß im weitläuftigern Verstand ein Kirchenraub, und wird blos wie ein anderer Diebstahl bestraft, ausser es wäre die Monstranz mit der Hostie aus einem nicht heiligen Ort entwandt worden. Denn alsdann hat gleichfalls die Feuerstrafe statt. Sonst aber findet ausser Sachsen das Schwerdt statt, nur daß der Körper aufs Rad gelegt wird, in den Fällen nämlich, wo sonst der Strang bey andern Diebstählen statt findet. Und so wird nun heut zu Tage bey uns überhaupt der Kirchenraub wie ein anderer Diebstahl mit einer Leibs- oder Lebensstrafe belegt. Wenn daher Struv sagt: Poena plerumque est Capitalis, so muß man merken, daß diejenigen Umstände hinzukommen müssen, um derentwillen Poena Strangulationis beym Furto statt hat. In Sachsen ist das Rad darauf gesetzt. Die Protestanten haben ganz andere Begriffe von diesem Crimine, sie betrachten dergleichen Sachen nicht als res sacras, denn diese sind auch bey ihnen nicht geweiht. Daher kann man sich bey ihnen von dem Sacrilegio keinen so großen Begrif machen. Ein anders aber wäre es, wenn man fragte, wie es seyn sollte, da sollte man freylich sowohl das Furtum rerum Publicarum, wovon das Sacrilegium eine Species ist, als auch das Furtum rerum Ecclesiasticarum und Sacrarum auch nach den protestantischen Begriffen höher als andere bestrafen, denn der Dolus ist dabey größer, und ein Mensch noch gefährlicher, wenn er sich nicht einmal scheuet, solche Sachen zu stehlen, die doch zum Gottesdienst gebraucht werden, und ihn selbst der Ort, woraus er sie stiehlt, von dem Verbrechen nicht abhält. Ein solcher muß einen großen Diebshang haben. Unterdessen wird es doch heut zu Tage nicht anders bestraft, als ein anderes Furtum. So ist ein Casus bey der Facultät zu Marburg vorgekommen, da einer die Orgel bestohlen, oder die Pfeifen aus derselben gestohlen hat. Der ist nicht anders bestraft worden, als wie man andere Diebe zu bestrafen pflegt. Joh. Sam. Frid. Böhmer hat zu Halle de variis Sacrilegii speciebus ex mente Juris Civilis disputirt.

§. 49.

Crimen de Reſiduis heißt ein Diebſtahl, der an öffentlichen Sachen und Geldern von demjenigen, deſſen Verwaltung ſie anvertraut ſind, begangen wird. Wenn ein berechneter Bedienter etwas ſchuldig bleibt, indem er nämlich die Gelder, ſo er auszuzahlen gehabt, in ſeinen Nutzen verwandt hat, ſo heißt das Crimen de Reſiduis. Es heißt ſo, weil ein ſolcher im Reſt der ihm anvertrauten Gelder bleibt. Was bey Privatgeldern reliquum heißt, heißt bey Publicis reſiduum. Dieſes Crimen de Reſiduis ſollte härter beſtraft werden, als ein anderer Diebſtahl, es wird aber heut zu Tage noch geringer beſtraft, und iſt die Poena Arbitraria, welche aber erhöht wird, wo der Schade allzu groß iſt, den einer dem Publico zugefügt hat, in welchem Fall es auch ad Poenam Capitalem kommen kann, ſo wie auch alsdann, wenn es zu häufig verübt wird. Gewöhnlich aber wird nur Gefängnißſtrafe, auf das höchſte Poena Relegationis erkannt, und das beſchönigt man dadurch, weil dergleichen Leuten ſelbſt Gelegenheit zu ſtehlen gegeben wird, und wendet man alſo hierbey an, was man ſonſt ſagt: Gelegenheit macht Diebe, da meynt man alſo, der Dolus wäre nicht ſo groß, denn es könnte einer ja wohl denken, er wolle es wieder reſtituiren. Wenn einer alſo gleich dem Publico ſo viel ſollte abgetragen haben, als ein Furtum Magnum austrägt, ſo wird er doch nicht ſo beſtraft, als wie ſonſt ein Dieb, der ein Furtum Magnum begeht. Fried. Ben. Carpzov hat de Crimine Reſidui ex Mandato El. Sax. d. d. 26. Sept. 1705. vom anvertrauten Gut zu Witteberg 1736. diſputirt.

§. 50.

Crimen *Ambitus* heißt dasjenige Verbrechen, wenn man durch Geld Stimmen, wovon die Vergebung einer öffentlichen Bedienung abhängt, zu erkaufen ſucht. Das heißt durch Beſtechung zum Amt kommen, und wird alſo eigentlich dieſes Crimen in Republica verübt, wo Bedienungen vergeben werden. Z. B. wenn einer abgeſetzt worden, und es beſticht einer die Rathsherren, daß ſie ihm ihre Vota wieder zur Annehmung geben, ſo heißt das Crimen Ambitus. Dadurch kann nun freylich einer, wenn er nicht die geringſte Geſchicklichkeit hat, ad munus publicum kommen, und es nachher zu gröſtem Schaden des Staats verwalten. Daher hat es ſchon Julius Cäſar ſehr ſuchen zu beſtrafen, da er wahrgenommen, daß wenn das Crimen Ambitus nicht hart beſtraft werden ſollte, er in Errichtung der Monarchie nicht ſo fortkommen könnte, als wie er im Sinn gehabt hatte. Candidatus dicitur a candida toga. Die in Rom Aemter ſuchten, thaten weiſſe Kleider an. Sie konnten bey den Bürgern herum gehen, und ihnen gute Worte um ihre Vota geben, welches eben

eben das Wort ambire andeutet, öfters aber gaben sie Geld dafür, dies war ein Crimen. Heut zu Tage ist die Strafe nach der Wichtigkeit der Bedienungen verschieden, und findet gemeiniglich Absetzung, nebst Gefängnißstrafe oder Verweisung statt. Das setzt aber voraus, daß es verbothen ist, für öffentliche Bedienungen was zu geben. Dieses hängt vom Staat ab, da er die Aemter besetzen kann, ob er nämlich etwas für einen verliehenen Dienst annehmen will, oder nicht. Erstern Falls ist es kein Crimen, denn es ist eben keine Schändlichkeit dabey, sondern nur durch willkührliche Gesetze verbothen. Hingegen aber, wenn auch gleich dem Principi für eine Stelle etwas gegeben werden muß, so erlaubt er doch den untergeordneten Collegien nicht, etwas anzunehmen. Daher begeht doch nachdem ein Crimen Ambitus sowohl der, welcher etwas gegeben, als welcher etwas angenommen hat. Jedoch, wo zumalen noch Volksregierung ist, siehet man in Praxi auf Poenam Juris Romani nicht, wenn es einer nur nicht zu grob macht. Schon bey den Römern hat poena legis Juliae, nämlich deportatio cessirt, seitdem die Besetzung der obrigkeitlichen Stellen dem Kaiser zugestanden ist. Justinian hat hernach dessen Bestrafung mit der Verweisung aufgehoben. Nov. 8. c. 1. 7. 8. Jure Codicis ist es auch erlaubt, des Fürsten Ministern etwas zu versprechen, damit sie eines seine Angelegenheit bey ihrem Herrn empfehlen. L. un. C. de Suffrag. Viele also exerciren es, und machen zwischen Gnaden- und Justizsachen einen Unterschied.

§. 51.

Das Crimen Simoniae ist bey uns Protestanten eine Species Criminis Ambitus. Bey den Katholiken aber ist es viel ein größeres Crimen. Denn sie vergleichen gemeiniglich dies Crimen, indem man geistliche Bedienungen für Geld erhält, mit dem Crimine Simonis Magi. Allein es ist zwischen dem Crimine Simonis Magi und dem Crimine dessen, der sich den Weg zu einem geistlichen Officio durch Geld bahnt, der größte Unterschied. Denn Simon der Zauberer wollte den Aposteln, insonderheit dem Petrus, für die Gabe, Wunder zu thun, oder für die Gaben des heiligen Geistes, Geld geben, das bewirkte in ihm das Crimen. Wenn hingegen einer gleich heut zu Tage für ein geistliches Amt etwas giebt, so giebt ers nicht dafür, daß er die Gabe, Wunder zu thun, erhalten will, sondern er will die Besoldung haben, die mit einem geistlichen Amt verknüpft ist. Das ist ein großer Unterschied. Ich habe in einer besondern Abhandlung den Unterschied weitläuftig an- und ausgeführt. Unterdessen kommt von dieser Verwirrung her, daß die Katholiken aus dem Crimine so viel machen, und überhaupt das Crimen Simoniae darinnen setzen, wenn man etwas Zeitliches für etwas Geistliches giebt. Es sollte freylich auch noch

bey den Protestanten für einen Hauptfall Criminis Ambitus gehalten werden. Denn es kann freylich, wenn zu geistlichen Officiis manche gelangen, mehr Schaden geschehen, als wenn zu politischen Officiis Leute gelangen, da die geistlichen Aemter die Seelsorge angehen, die weltlichen aber nicht. Und eben deswegen ist auch zu Verhütung dieses Lasters heut zu Tage das sogenannte Juramentum Simoniacum an verschiedenen Orten eingeführt, welches diejenigen abschwören müssen, so geistliche Bedienungen bekommen, daß sie nämlich für den Dienst, der ihnen verliehen wird, nichts gegeben haben. Sonst ist auch das Verboth nur von Patronis Inferioribus zu verstehen, z. B. von einem Stadtmagistrat, Edelmann. Ein Fürst als Summus Episcopus kann einen auch ums Geld zum Pfarrer machen, wie er auch von einem, der Secretarius werden will, Geld nehmen kann. Ein jeder Bischof muß alle Einkünfte vom ersten Jahr der päbstlichen Kammer lassen, und diese heissen **Annaten**. Also kann es der Fürst auch thun, oder doch sagen: gebt mir so und soviel hundert Rthlr., so könnt ihr die Einkünfte das erste Jahr gleich behalten. Dieses ist Rechtens, ob es aber wohl gethan seye, ist eine andere Frage. **Pertsch** hat de Crimine Simoniae zu Halle einen sehr schönen Commentarium ans Licht gestellt.

§. 52.

Struv handelt hier noch zum Beschluß de Crimine Plagii, welches soviel als Menschendiebstahl ist. Furtum nun erfordert die Absicht, sich zu bereichern, animum lucrifaciendi, folglich auch das Plagium. Es muß aber, wenn diese Art des Furti ein Plagium seyn soll, das Lucrum insonderheit aus dem Verkauf eines freyen Menschen in die Knechtschaft gezogen werden. Eben deswegen ist ein wirkliches Plagium gewesen das Factum des Kunz von Kauffungen, da er die zwey sächsischen Prinzen entführt hat, und an die Tartarn Gewinnstshalber hat verkaufen wollen. In der Schrift ist schon die Todesstrafe, auch von **Constantin dem Großen** und **Theodosio dem Großen** darauf gesetzt worden. Wo die auch noch heut zu Tage verblieben, so ist doch die Schwerdtstrafe nicht anders, als in dem Fall zu dictiren, wenn man in eine würkliche Sklaverey einen freyen Menschen gebracht hat, z. B. ihn mit Gewalt mit sich wegführen, und ihn den Türken zu einem Sklaven verkaufen wollte. Aber eben deswegen kann man heut zu Tage diejenigen, so Werbern Leute zuführen, ex Capite Plagii nicht bestrafen. Das sind keine Plagiarii. Denn wenn gleich der Soldaten Dienste noch so hart sind, so kann man sie doch für keine Sklaverey halten, dergleichen bey den Türken und Tartarn gefunden wird, noch mit einer solchen Servitute, wie sie bey den Römern war, welche

eben

eben die Poenam Capitalem veranlaßt hat, vergleichen. In der Carolina ist auf das Plagium keine Poena Capitalis gesetzt, sondern die Poena so gelassen worden, wie sie nach dem Jure Civili ist. Das Jus Civile aber erfordert seine Servitutem, welche von Kriegsdiensten sehr verschieden ist. Es ist mir ein Casus bekannt, da ein Fiscal deswegen Bürger auf den Tod angeklagt hat, weil sie den Preußen Leute, z. B. einen Jäger zugeführet, bey der Fakultät in Marburg aber ist erkannt worden, daß es kein Plagium seye. Es sind doch aber die Leute, weil sie andere verkauft haben, als Menschendiebe gestraft worden. Sonst steht auch noch heut zu Tage die Todesstrafe aufs Plagium bey Juden, und gegen die Helfer wird eben die Strafe, als gegen die Reos selbst, ausgesprochen.

Drittes Buch.

Tit. XXIX.

De Remissione Poenarum et Abolitione Delictorum.

§. 1.

Das Begnadigungsrecht, Jus Aggratiandi, muß dergestalt begriffen werden, daß beydes, sowohl die Abolitio Criminum, als auch Remissio poenarum darunter begriffen ist. Nun heißt Jus Aggratiandi überhaupt dasjenige Recht, Kraft dessen der Staat bey Verbrechen entweder in Ansehung des Processes oder der Strafe selbst etwas nachsieht. Solchergestalt ist beydes sowohl Remissio poenarum, als Abolitio Processus mit darunter begriffen. Und wie keiner das Jus dispensandi hat, als derjenige, dem die Gesetzgebende Gewalt zusteht, also hat auch keiner das Jus Aggratiandi, als dem diese Gewalt zusteht. Die Gesetzgebende Gewalt aber ist ein Ausfluß der Landeshoheit, also hat auch keiner das Jus Aggratiandi, als der Superioritatem territorialem hat, folglich der Princeps allein. Denn gleichwie die Potestas Legislatoria ein solches Regale ist, welches privatis nicht zukömmt, so ist auch das Jus Aggratiandi ein solches Annexum Superioritatis territorialis Ein solches kann und muß besonders seiner Wichtigkeit halber allein dem Fürsten vorbehalten seyn, wo hingegen omnis Jurisdictio auch Privatleuten zugestanden werden kann, denn man muß einen Unterschied machen inter Jurisdictionem et Superioritatem. Alle verwittwete Fürstinnen, desgleichen auch appanagirte

Fürsten können Jurisdictionem erhalten, wenn sie nämlich Land und Leute erhalten haben, das Jus Aggratiandi hingegen erhalten sie nicht, sondern dasselbe verbleibt neben der gesetzgebenden Gewalt beym regierenden Herrn. Das fließt alles daraus, daß Aggratiatio eine Species Dispensationis ist. Nun aber entstehen daraus diese zwey Species, 1) Remissio poenae, welche erfordert, daß ein Verbrecher bereits des Criminis nicht nur überführt ist, sondern es auch bekannt hat, und darauf in die Strafe verurtheilt worden. Wenn nun ihm die Strafe erlassen wird, so ist das eine Species Aggratiationis. Manchmal nimmt man aber auch das Wort: Aggratiatio im engern Verstand, und blos von dem Fall, da die Strafe, welche einer verdient hat, ihm remittirt wird, und nennt das das Recht, die verdiente Strafe nachzulassen, Jus Aggratiandi. Late begreift es 2) auch manchmal die Abolition selbst mit unter sich, und heißt Abolitio diejenige Dispensatio Principis, welche in Ansehung der Untersuchung eines Verbrechens zu geschehen pflegt. Und dies findet statt, wenn noch ungewiß ist, ob das Delictum in der That verübt worden, oder nicht, oder wie man juridice sagt, wenn de Corpore Delicti nicht gewiß constirt, daß nämlich gewiß ausgemacht ist, daß das Delictum verübt worden ist. Da geschieht manchmal, daß bey einer solchen Ungewißheit gegen eine Geldabgabe der Landesherr die ganze Inquisition oder Proceß, oder auch manchmal wegen eines Mannes seiner sonderbaren Meriten ohne Entgeld aufhebt. Bey der Abolitione ist einer weder Confessus noch Convictus, noch weniger Condemnatus, und ist noch keine Untersuchung geschehen. Hingegen bey der Remissione poenae ist bereits eine Untersuchung, eine Causae Cognitio geschehen. Daher muß auch eine solche Remissio poenae vielmehr würken, als eine Abolitio Inquisitionis. Ein Kerl ist wegen Geldmünzen in Inquisition, man findet allerhand Sachen bey ihm, als Tiegel, Messing, Bleystücke, womit er in Verdacht steht, daß er sogar gefoltert wird. Er hat es auch gestanden, wendet sich nach Hof, und giebt Geld, der Fürst möchte den Proceß aboliren. Dieser ertheilt auch an den Richter einen Abolitionsbefehl, daß er ihn gehen lasse, so liegt der Unterschied klar zu Tage. Jedoch befreyt Abolitio Inquisitionis einen nicht gänzlich vom Verdacht, noch viel weniger Remissio poenae, da man ja hier würklich des Verbrechens halber verurtheilt worden. Wenn aber der Proceß abolirt worden, und einer deswegen doch noch testis non omni exceptione major bleibt, indem er doch noch den Verdacht gegen sich hat, daß er das Crimen verübt habe, weil er ein Crimen zu verüben sich kein Gewissen macht, ein solcher aber sich noch weniger ein Gewissen macht, ein falsches Zeugniß abzulegen, so muß doch noch einer verdächtig seyn, dem nur die Strafe remittirt worden, da er zur Zeugenschaft gar unfähig seyn muß. Nun ist die

Frage,

Frage, wo die Inquisitio oder der Inquisitionsproceß abolirt werden, und wo Remissio poenae geschehen kann? Antw. Wo Remissio poenae nicht geschehen kann, da kann auch Inquisitio nicht abolirt werden. Nun kann aber die Poena niemals remittirt werden, als von dem, von dessen Ermessen selbige abhängt. Denn gleichwie es von dessen Willkühr abhieng, die Strafe aufzulegen, oder mit einem solchen Crimine zu verknüpfen, so dependirt es auch von seinem Arbitrio, die willkührlich gesetzte Strafe wieder aufzuheben. Also supponirt es poenas Juris positivi, wenn eine Remissio soll geschehen können. Eben daher wird untersucht, ob alle Poenae Juris positivi sind. Diejenigen nun, die Poenas Juris Divini positivi universalis, und nicht nur poenas Juris positivi humani vertheidigen, behaupten, daß in Ansehung jener Strafen keine Remissio statt finde, weil sie von Gott selbst gesetzt sind, und also auch keine Remissio geschehen könne, als von Gott selbst. Allein es giebt dergleichen Poenas Juris Divini nicht. Denn wo auch Jure Divino zeitliche Strafen auf Verbrechen gesetzt worden sind, da gehen sie entweder nur das Jüdische Volk an, als wie die Steinigung der Huren, oder es sind in der That die Poenae nur überhaupt und ohne Rücksicht auf besondere Umstände gesetzt, und sind also mehr willkührlich nach den besondern Umständen, nach welchen der Richter die Strafe ermäßigt. So ist generaliter auf den Mord die Todesstrafe gesetzt, es ist aber dabey auf die besondern Umstände nicht gesehen worden. Gesetzt, daß man statuirt, daß das Todtschlagen nach dem göttlichen Recht mit dem Tod zu bestrafen sey, so ist doch die Strafe generaliter gesetzt, ohne auf die besondern Umstände zu sehen, auf die man doch sehen muß bey einzelnen Fällen. Es behaupten freylich verschiedene, daß nicht einmal Jure Divino auf den Todtschlag der Tod gesetzt sey, denn wenn es heißt: wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll wieder vergossen werden, so hat Thomasius in einer besondern Dissertatione de Dispensatione in Homicidio ausgeführt, daß das nach dem Hebräischen nicht heiße, dessen Blut soll wieder vergossen werden, oder daß ein Praeceptum darinn enthalten wäre, sondern es heisse nur nach dem Hebräischen: dessen Blut wird wieder vergossen werden, z. B. die Anverwandten würden nicht ruhen, den Tod der Ihrigen wieder zu rächen, und seyen also dies bloße Verba enunciativa, die ein Monitum in sich enthalten, nicht aber ein Praeceptum. Unterdessen aber, wenn man auch die Todesstrafe annimmt, weil sie selbst Juris Naturae ist, indem die Laesio alteri illata und die dadurch zugefügte Unordnung in Ansehung der höchsten Gewalt im Staat per hanc talionem reparirt werden kann, daß nämlich der Uebelthäter wieder am Leben bestraft wird, so wird doch supponirt, daß zugleich auch auf die besondern Umstände gesehen werden müsse. Gesetzt, daß ein meri-

tirter

tirter Minister einen todt stäche, so kann man nicht so schlechterdings sagen: wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll wieder vergossen werden, also muß auch der Minister sterben, sondern wenn das Publicum noch großen Nutzen von ihm haben kann, so kann der Princeps dispensiren. Denn man sieht ja bey der Strafe mit auf den Staat, und hauptsächlich, daß die durch das Delictum eingerissene Unordnung wieder aufgehoben wird. Eine so geringe Unordnung aber kann man übersehen gegen einen so großen Nutzen, den von dem Verbrecher der Staat erwarten darf, und wird diese kleine Unordnung durch die große Ordnung, die durch ihn im Staat wieder hergestellt werden kann, compensirt. Das ist dann Causa Justissima, oder eine Circumstantia plane singularis, da auch selbst circa poenam Jure divino statutam in Delictum quoddam eine Remissio geschehen kann. Poenae haben nur statt, wo Staaten sind. Zu Noä Zeiten aber war noch kein Staat. Wenn daher Krönungen vorgehen, so wird ein Generalpardon ausgeschrieben, daß alle Verbrecher loß kommen, nur die Gotteslästerer und Majestätsschänder werden nicht pardonirt.

§. 2.

Bey andern Verbrechen, deren Todesstrafe durch menschliche Gesetze festgesetzt ist, hat die Begnadigung um so eher statt. Denn diese Strafen hängen lediglich von des Staats Willkühr ab, und gleichwie er sie, um Ordnung im Staat zu erhalten, aufstellt, so kann er sie auch wieder nachlassen, wenn nämlich etwa in Ansehung des großen Guten, so von einem Verbrecher in einem Staat noch zu hoffen ist, eine geringe durch ihn eingeschlichene Unordnung nicht zu achten ist. Unterdessen sieht man sogleich, daß eine Remissio poenae nicht so leicht geschehen muß, denn sonst werden die Strafgesetze verächtlich, und ohne Strafen kann doch kein Staat in Ordnung erhalten werden. Daher muß man entweder gar nicht strafen, oder man muß im Dispensiren nicht allzuleicht seyn. Non vero est, sagt Struv, legitima remittendi poenam Causa, si fur reste fracta in terram prosilierit Vivus, vel Carnificis gladius in ipso Executionis Actu, dum reum ferire parat, dissiliat. Man meynt manchmal, daß wenn der Dieb von dem Galgen wieder herunter fällt, und noch lebendig bleibt, der Strick gleich entzweygegangen, da er von der Leiter abgestossen worden, so könne er weiter nicht gehenkt werden, und so auch, wenn etwa das Schwerd springen sollte, so könnte auch weiter der Delinquent nicht hingerichtet werden, das sich aber so ohne Unterschied nicht sagen läßt, sondern die Execution kann sogleich wiederholt werden, wenn nämlich alles in einem fortgeht, wenn der Henker z. B. den Delinquenten gleich wieder auf die Leiter nimmt,

nimmt, und ihn gleich noch einmal aufknüpft, so handelt er nicht unrecht. Ein anders ist es, wenn man sich Zweifel macht, und um ein neues Urthel zu erwarten, den Delinquenten wieder zurückführt. Da wäre es allzuhart, weil in der Todesangst hauptsächlich die Strafe des Todes besteht, indem der Schmerz gering ist, den man bey dem Henken und Enthaupten hat, wenn es nämlich geschwind hergeht. Man kann aber einen nicht zweymal strafen, und also die Todesstrafe ausstehen lassen. Wird es hingegen auf der Stelle wiederholt, so geht es auch in Einer Todesangst fort. Daher, da das Urthel dictirt worden, daß er sterben soll, so kann es für exequirt nicht gehalten werden, als bis er gestorben ist. Beym Struv in seinen Observationibus criminalibus findet man einen Casum von einer Säckung, da ein Weibsbild gesäckt worden, und wie man den Sack wieder herauszog, und sie aufs Feld legte, und sie getrocknet hatte, nahm man noch eine Empfindung an ihr wahr. Da man sie nun darauf in eine warme Stube gebracht, so hat sie sich wieder völlig erholt. Da war denn die Frage, ob sie noch einmal sollte gesäcket werden? Die Antwort war: Nein, sondern sie wurde nachdem nur relegirt, denn es wäre wieder eben so viel gewesen, als hätte man ihr eine doppelte Strafe zuerkennen wollen, da man doch wegen Eines Verbrechens einen nicht doppelt strafen darf.

§. 3.

Die Milderung der Lebensstrafe ist zum Theil auch eine Remission. Denn es wird dadurch die Strafe nicht ganz aufgehoben, sondern bloß in eine andere geringere verwandelt, oder] eben dieselbe Strafe wird in geringerm Grade beybehalten. Denn die nämliche Strafe hat ihre Grade. So ist es bey der Schwerdstrafe ein größerer Grad, wenn nachher der Körper auf das Rad geflochten wird, oder wenn der Körper verbrannt wird. Wenn nun diese 2 Strafen wegbleiben, so ist die Todesstrafe gemildert. Es kann z. B. Poena Relegationis, Carceris, abgekauft werden, in welchem Falle sie in eine andere verwandelt wird, so Commutatio Poenae heißt. Daß also Commutatio Poenae eine Mitigatio poenae und eine Species Remissionis ist, beyde aber Remissiones Poenae partiales sind, wo die Strafe zum Theil remittirt wird. Wer das Jus remittendi hat, der hat auch das Jus mitigandi et commutandi poenam in aliam. Nun hat aber keiner das Jus remittendi poenam, als der das Jus dispensandi hat. Es hat aber kein Privatus das Jus dispensandi, also hat auch kein Privatus das Jus mitigandi in specie, noch auch

das Jus commutandi poenam in aliam, daher sagt man auch: Der Richter soll nicht strenger, aber auch nicht gelinder seyn, als das Gesetz. Gesetzt die Strafe ist gewiß, so muß er sie dictiren, wie sie in den Gesetzen enthalten ist, nicht härter, aber auch nicht gelinder darf er sie ansetzen, sondern soll sie nach Beschaffenheit der Umstände härter oder gelinder dictirt werden, muß es a Principe geschehen, oder die Sache ad Principem gelangen, und er sie exasperiren, wenn etwa das Delictum allzu frequent würde. Wo also eine Poena arbitraria ist, d. i. in Legibus keine gewisse Poena auf ein Delictum gesetzt, sondern die Determinatio Poenae des Richters Gutbefinden überlassen worden, daß er nämlich die Poenam nach der Beschaffenheit der Person dictiren soll, da kann man eigentlich nicht sagen, daß wenn er Einmal eine gelindere Strafe, als das anderemal dictirt, daß er die Strafe mildre, sondern er dictirt alsdann nur eine des Verbrechers besondern Umständen angemessene Strafe. Denn es muß bey einer jeden Bestrafung eine Proportion statt finden, oder auf das Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafe gesehen werden. Wenn z. B. wegen des nämlichen Verbrechens der Richter einer Person von geringerm Stande eine Leibesstrafe, einer Person von besserm Stande aber blos eine Geldstrafe zuerkannt hat, so ist das keine Mitigatio poenae, sondern weil die Poena Arbitraria ist, so geht es gar wohl an, daß er diesen der Verschiedenheit der Personen angemessenen Unterschied bey der Bestrafung machen kann, weil bey einigen Delictis die Beschaffenheit der Person die Strafe minuirt, gleichwie auch manchmal die Beschaffenheit der Person bey Delictis eine Circumstantiam aggravantem abgiebt, um derentwillen nämlich das Delictum gröser, als sonst ist. Diesemnach geht auch an, daß Unterobrigkeiten, z. B. adeliche Gerichte Strafen in andere commutiren können, wo des Landesherrn Einwilligung vermuthet werden muß, z. B. in dem Falle, wo die Poena aeque gravis ist, und es also dem Principi gleichviel gelten kann, diese oder eine andere Strafe zu dictiren. Z. B. wo Poena Relegationis vom Principe auf ein gewisses Crimen gesetzt worden, da geht es auch an, daß die Unterobrigkeit die Poenam Relegationis in eine Geldstrafe verwandeln kann. Wo aber der Princeps auf ein gewisses Delictum Poenam Fustigationis gesetzt hat, da hat er auch gewollt, daß sie vollzogen werde, denn diese Strafe ist nicht gleich hart. Wohingegen man einem eine Geldstrafe dictiren kann, die eben so hart ist, als Relegatio, ja um anderer Ursachen willen manchmal es besser ist, daß man Poenam pecuniariam dictirt, als bey der Relegation verbleibet, und die Absicht des Gesetzgebers noch besser dadurch erhalten werden kann. So ist beym Ehebruch gewöhnlich, daß auf Vorbitte des unschuldigen Ehegatten zwar die Lebensstrafe in

Aus-

Auspeitschen und Landesverweisung, diese aber nicht wieder in eine Geldstrafe verwandelt werden kann, sondern man muß der Sanctioni Poenali Principis genau nachleben.

§. 4.

Was endlich die Verjährung der Verbrechen belangt, so hat man Jure Romano zweyerley Actiones, Civiles et Praetorias, wodurch man wegen der Verbrechen klagen konnte. Was die Praetorias Actiones anbetrift, so dauerten selbige nur ein Jahr lang, so auch noch bey der Actione Injuriarum geblieben. Auch heut zu Tage ist es noch so, daß diese auch nur Annalis ist, denn es ist gut, weun man der Injurienprocesse in Gerichten bald los wird, weil es die allergehässigsten sind. Hingegen die Actiones civiles dauerten 20 Jahre lang. Woher es denn gekommen ist, daß ob gleich heut zu Tage, und nachdem der Inquisitionsproceß eingeführt und die Poenae privatae abgeschafft worden, und man nicht mehr peinlich auf Privatstrafen klagt, dennoch die Zeit der Verjährung verblieben, und also alle Crimina innerhalb 20 Jahren präscribirt werden, dergestalt, daß nach Verfluß derselben der Delinquent nicht angeklagt, noch gefordert werden kann. Dieses geht auch in Processu Inquisitionis an. Und zwar rechnet man die Verjährungszeit nicht von der Zeit, da es der Richter erfahren hat, sondern von der Zeit des begangenen Verbrechens. Wie es aber heißt: non valenti agere nulla currit Praescriptio, also gilt auch: non valenti accusare, inquirere, nulla currit Praescriptio. Hat einer die Ehe gebrochen, und läuft davon, und kömmt erst nach 5 Jahren wieder, so hat er nicht präscribirt. Er kann heut zu Tage edictaliter citirt werden, welche Ladung die Verjährung unterbricht. Einige Verbrechen sind von jener Verjährung ausgenommen, die man gerne ins Vergessen gehen sieht, wo auch der Schade nicht so hoch zu achten ist. Das sind nun die Delicta carnis, die werden in 5 Jahren präscribirt. Wohin auch die Crimina peculatus et de residuis referirt werden, als die man einem eher vergeben kann, weil der Schade auf das Publicum redundirt, so darunter nicht so viel leidet, oder den Schaden noch eher tragen kann, als ein Privatus. Es ist dabey zu distinguiren, ob der Verbrecher abwesend gewesen und vorgeladen worden ist oder nicht, denn Citatio interrumpirt Praescriptionem. Sodann ist der Grund dieser Präscription wohl zu merken, welches das Jus dispensandi oder aggratiandi ist. Dieses Juris halber wird die Praescriptio zugelassen. Denn sie gründet sich in einer praesumta Remissione Poenae et Abolitione Inquisitionis.

Denn die Inquisitio, oder nach dem alten Rechte, Accusatio wird durch diese Präscription aufgehoben. Eben deswegen behaupten die Rechtsgelehrten, daß in den Fällen, wo keine Remissio statt finde, z. B. bey Poenis Juris divini, auch keine Praescriptio statt finde. Da aber doch auch das Jus aggratiandi da statt findet, wo man sonst Poenas Juris divini statuirt, so muß auch da eine Praescriptio horum Criminum Platz ergreifen. So soll z. B. Mord, Strassenraub, Meuchelmord ꝛc. unverjährlich seyn, weil man nicht dispensiren könnte. Allein das Argument hat nicht statt, vielmehr ist es aufgehoben, damit man Ruhe habe. Zwischen Verjährung und Begnadigung ist übrigens noch der Unterschied, daß jene die Anklage oder Untersuchung, diese blos die Strafe aufhebt.

Viertes Buch.

De
Ratione et Modo Jus ſuum perſequendi in Judicio.
(Vom gerichtlichen Verfahren).

Tit. I.

De
Transactionibus
(Vergleichen.)

§. 1.

Bey allen von Struv und ſeinem Commentator bis daher abgehandelten und erläuterten rechtlichen Verhältniſſen und daraus entſpringenden Befugniſſen läßt ſich die Ausübung der Befugnis als etwas abgeſondertes denken. Mein Pferd iſt z. B. mein Eigenthum, alſo für mich ein rechtliches Verhältnis. Stiehlt mir jemand das Pferd, ſo kann ich ihn deswegen belangen, und dieſes mir von den Geſetzen möglich gemachte Belangen iſt ein Ausfluß meines Eigenthums. Im natürlichen Zuſtande darf ich zu Erreichung meines Endzwecks, der die Erhaltung meines Rechts iſt, Keines Hülfe ſuchen. Ich bin mein eigener Richter, und darf gegen den, der meine Gerechtſame beeinträchtigt, folglich mich beleidigt, mein Recht nach meinem Gutfinden ſelbſt verfolgen. Der menſchliche Verſtand kennt im Zwangsrecht keine Gränzen der Verfolgung, wohl aber die Billigkeit. Wer kann mich aber in dem Stande der Gleichheit zwingen, dieſer Gehör zu geben? Allein eben dieſe nur gar zu häufige Ueberſchreitung der billigen Gränzen bey der Selbſtverfolgung ſeines gekränkten Rechts hat die Menſchen bald von der weſentlichen Unbequemlichkeit des Naturſtandes, ſo wie von der Nothwendig-

keit, auf eine wenigstens gewöhnlich billigere Art ihre Streithändel auszumachen, bald überzeugen müssen. Die streitenden Theile suchten daher, wenn sie sich selbst durch Gründe, Nachlaß und Gegennachlaß nicht vergleichen konnten, einen dritten beyden Theilen anständigen Mann von Einsichten, legten ihm ihre Forderung und Gründe vor, und überliessen ihm die Entscheidung nach seinem Ermessen. So wurden dann durch einen schiedsrichterlichen Ausspruch manche Streitigkeiten ausgemacht, und Ueberschreituug der billigen Gränzen durch Selbstrache, ja Mord und Raub vorgebogen. Aber wenn eine der streitenden Parthien dem Ausspruche sich nicht freywillig unterwarf, wo war dann der gegründete Zwang des Dritten? Nur die Natur der bürgerlichen Verfassung konnte diesem Mangel abhelfen. Da sich im Staate alle Glieder der höchsten Gewalt in Ansehung der Leistung aller Handlungen zum nämlichen Zwecke allgemeiner Sicherheit und Glückseligkeit unterwarfen, so mußten sie dieser Gewalt auch das Recht übertragen, zu entscheiden, in wieferne die Handlungen der Bürger unter sich nicht dem Zwecke des Staats widersprechen. Jeder verlangt für die so kostbare Unterwürfigkeit seiner Person und seines Vermögens unter die höchste Gewalt Sicherheit für sich und das Seinige. Ohne aber die Gesellschaft sogleich wieder zu zerstören, läßt sich das jedem im Naturrecht selbst zuständige Selbstverfolgungsrecht nicht denken. Vielmehr hat jeder Bürger diesen Ausfluß seiner Befugnisse dem Staate übertragen. Dieser übt für seine Mitglieder jedes Selbstverfolgungsrecht durch seine Gerichte aus und zwingt den, der den Andern nach des Gerichts Einsicht beleidigt hat, dem Gekränkten Genugthuung zu verschaffen, oder der Staat vollstreckt den Ausspruch seines Gerichts. Durch die Gerichte aber ist im Staate der Vergleich und der schiedsrichterliche Ausspruch so wenig abgeschafft, daß solche vielmehr durch die bürgerliche Gesetzgebung noch näher bestimmt worden sind. Es heißt aber die Art und Weise, sein Befugnis vor Gericht zu vertheidigen, *Processus* oder Ordo procedendi. Denn auf die Ordnung kommt alles an, so daß die Rechtsgelehrten sagen: Die Seele des Processes bestehe in der Ordnung. Daher kann man auch den Proceß durch die Ordnung, gerichtliche Streitigkeiten zu behandeln, erklären. In diesem ganzen vierten Buche wird nun vom Processe gehandelt. Bey Processen aber kömmt es zuförderst auf die Transaction, den Vergleich, an. Denn dadurch können manchmal Processe verhütet werden, und weil es gut oder dafür zu sorgen ist, daß der Processe wenige sind, so hat man auch verordnet, daß die erste Tagfahrt allemal zur Güte anberaumt werden, d. i. daß man sehen soll, ob nicht ein Vergleich zu treffen ist, so daß insonderheit bey Processen, die sehr verwickelt sind, wie bey Sachen, wo es auf die Liquidation ankömmt,

man

man gemeiniglich eine Commission anzuordnen pflegt. Denn so kann das Illiquidum noch liquid, oder wenn nicht ohne große Weitläuftigkeit herauszukommen ist, ein Transakt unter Vermittlung solcher Commissariorum errichtet werden. Diese Transactio ist in Sachsen dergestalt nöthig, daß wenn der erste Termin nicht ad Transactionem oder zur Güte anberaumt worden, man Exceptionem non tentatae amicabilis Compositionis erhält. Ein andres aber ist es, wenn die Transactio oder versuchte Güte fruchtlos ablauft, dann bleibt nichts übrig, als daß man nachdem den Proceß eröfnet.

§. 2.

Was ist denn Transactio, die man dem Pacto Remissorio entgegensetzt? A. Aus obigem ist bekannt, was Pactum Remissorium ist, nämlich ein Vertrag, durch den eine behauptete Forderung unentgeltlich nachgelassen wird. Wenn man dieses merkt, so kann man leicht die Transactionem definiren. Der Vergleich, Transactio, ist ein Vertrag, durch den in Ansehung einer streitigen Sache etwas gegeben oder behalten wird. Darinn sind sie zwar beyde einander ähnlich, daß sie Pacta sind, allein das Pactum Remissorium ist gratuitum, Transactio aber ist nicht gratuita. Das Pactum Remissorium wird errichtet de remittendo debito, bey dem Pacto Remissorio aber ist gemeiniglich Res certa, bey der Transactione aber ist sie nicht certa. Wenn man mit seinem Gegentheil paciscirt, daß er gegen etwas, so ihm gegeben wird oder er zurückbehalten kann, von seiner Forderung abstehen soll, so heißt das Transactio, ein Vergleich. Z. B. Titius macht eine Prätension an den Mevius von 6000 Rthlr. an Kapital und 115 Rthlr. an Interessen. Nun läugnet der Schuldner die ganze Forderung, es weiß aber doch der Actor ihm viele Gründe vorzubringen, weiset ihm auch wohl Instrumenta und führt ihm Zeugen vor, weßwegen ihm, wenn er sich einlassen wollte, der Ausgang des Processes sehr zweifelhaft scheinet, daher bietet er ihm an, die 6000 Rthlr. Kapital zu bezahlen, wenn er damit zufrieden seyn und weiter nichts fordern wollte. Ist der Creditor damit zufrieden, so heißt es ein Vergleich, und besteht derselbe in einem Pacto, denn der Creditor und Debitor werden dessen miteinander eintg, daß gegen Erlegung der 6000 Rthlr. die Schuld völlig getilgt seyn solle, wenn nämlich der Debitor die 115 Rthlr. soll als Interessen behalten können, mithin geschieht dieses Verständnis durch das Zurückbehalten einer Sache. Cajus nimmt meinen Garten in Anspruch. Ich spreche, ich will ihm 600 fl. geben, er soll den Proceß liegen lassen, und er consentirt, so ist der Vergleich durch Abgeben einer Sache zu Stande gekommen. Lucius und ich streiten um eine Hube Landes. Ich sage: weil wir des Processirens überdrüssig sind, so will

ich

ich dem Herrn 10 Morgen überlassen, die andern Morgen will ich behalten. Hier ist er aliquo dato et retento zu Stande gekommen. Unter dem Geben kann auch ein Versprechen verstanden werden. Wenn einer mit mir processirt und ich bin dessen satt, sage also: Höre der Herr auf zu processiren, ich verspreche ihm auf Ostern 300 Rthlr. zu geben, so ist durch das Versprechen der Vergleich zu Stande gekommen. Es ist auf beyden Seiten die Absicht, daß man vom Proceß abstehe, oder gar nicht anfange. Das ist der allgemeine Grund. Wenn man daher einen Proceß befürchtet, und man weiß sich auch sicher bey seinem Rechte, hingegen denkt man, der Ausgang ist ungewiß, da es auf die Einsicht und den Willen des Richters ankömmt, der es nicht immer so wohl begreift, als man ihm vorträgt, auch manchmal Passionen hat, so will man öfters, um den Verdrießlichkeiten und processualischen Weitläuftigkeiten zu entgehen, einen magern Vergleich lieber eingehen, als einen fetten Proceß haben. Welches eben auch die Ursache ist, warum die Rechte den Richter anhalten, dafür zu sorgen, daß ein Vergleich zu Stande kommen möge, und kein Proceß angefangen werde. Denn die Processe erbittern gemeiniglich nur die Gemüther der Unterthanen gegen einander. Es müssen die Unterthanen auch viele Kosten aufwenden, und kann mancher durch einen Proceß ruinirt und öfters mehr verprocessirt werden, als die Streitsache beträgt, blos der Zanksüchtigkeit halber. Unterdessen muß man nicht meynen, daß weil die Rechte den Judicem anweisen, die Transaction dem Processe vorzuziehen, der Proceß null, und der Beklagte loszusprechen sey, weil gar keine Transactio oder amicabilis Compositio versucht worden, sondern es heißt nur, es sey des Richters Gewissen und Ermessen anheim gegeben, vielmehr die Güte zu tentiren, als es zu einem Processe kommen zu lassen, vorzüglich in Kleinigkeiten und ärgerlichen Injurienhändeln. Es kann auch der Richter gewöhnlich keinen zu einem Vergleich, so wenig als zu einem Pacto zwingen, sondern es ist nur ein guter Rath.

§. 3.

Aus dem, was bisher von der Transaction überhaupt gesagt worden ist, sieht man gleich, daß sie eine Veräusserung enthalte. Denn sie hält allemal in sich einen Verzicht auf die Forderung, die man macht. Macht man aber eine Prätension auf eine Sache, so geschieht, wenn dieselbe dem Andern per transactionem gelassen wird, eine Alienatio, indem man auf das Jus reale, z. B. das Dominium, so man behauptete, renunciirt. Nun kann keiner etwas veräussern, auch nicht auf ein Jus renunciiren, als der über das Seinige frey schalten und walten kann. Daher kann auch nur ein solcher sich vergleichen

und

und was bey einer Alienatione sonst erfordert wird, das wird auch zur Vergleichung erfordert. Wenn z. B. ein Vormund von des Pupillen Gütern etwas veräussern soll, so ist ein Unterschied der Güter zu machen, ob es bewegliche oder unbewegliche sind, und nach der Verschiedenheit der Güter muß ein obrigkeitlicher Schluß dazu eintreten. So wird auch dergleichen Decretum zur Transactione über des Pupillen Grundstücke erfordert. Es kann aber Ratio Decreti cessiren, wo der Nutzen des Pupillen bey der Transactione offenbar ist, und von Erhaltung, nicht von Veräusserung des Pupillen Sache, wenn der Proceß sehr ungewiß ist agirt wird. Um nun den Schaden, der sich zutragen kann, von dem Pupillen abzuwenden, so ist das Decretum ad alienationem rerum ipsius noch erfordert worden. Denn der Nutzen bey der Alienation ist offenbar, wenn selbige auf Erhaltung der Pupillargüter abzielt, z. B. wenn einem Pupillen ein Landgut in Anspruch genommen worden, der Actor sehr wahrscheinliche Gründe vorbringt, und er in elenden Umständen zur Zeit sich befindet, und also gerne ein Stück Geld nimmt, wenn er auch gleich von seiner ganzen Prätension abstehen sollte, weil ihm auf baares Geld viel ankommt, da ist ein Vormund zum Vergleiche auch ohne obrigkeitliche Erlaubnis berechtiget. Ein Procurator kann so schlechterdings nicht transigiren, sondern er muß ein Mandatum generale cum libera haben, denn die Alienatio ist etwas wichtiges, so man andern gewöhnlich nicht anvertraut, wenn man ihnen gleich die Administration seiner Sachen und Geschäfte überträgt. Man läßt ihnen doch gemeiniglich nicht zu, die Sache, so man prätendirt, zu veräussern. Daher wird ein Mandatum speciale erfordert, damit in Ansehung der Einwilligung, auf allen Fall dergleichen Sachen durch den Anwald zu veräussern, weiter kein Zweifel übrig bleibe. Dieses ist auch bey einem Syndico, der gewöhnlich auch nicht transigiren kann, zu beobachten. Denn wo er Mandatum speciale nicht aufweisen kann, so ist noch ein großer Zweifel, ob ihm eine so wichtige Sache, als die Transactio ist, da man um seine ganze Prätension dadurch kommt, von der Vniversitate anvertraut sey. Ein andres aber wäre es, wenn der Syndicus wahrnehmen sollte, daß das vermeyntliche Recht sehr zweifelhaft wäre, und die Vniversitas den Proceß verlieren würde, er durch etwas geringes hingegen die bona Vniversitatis durch einen Vergleich erhalten könnte, welchenfalls ihm sowohl, als einem Tutori die Transactio auch ohne besondre Vollmacht erlaubt wäre. Dieses hat schon mehr zu sagen, wenn man auf einen andere Güter bringen will, in deren Besitz man sich doch befindet, z. B. da man durch einen Vergleich Güter erhalten will, die ein anderer in Anspruch nimmt, und gegen etwas geringes, wodurch man manchmal kostspielige Processus verhütet, behalten kann. Denn das heißt ein kostspieliger Proceß, der

viel Kosten erfordert, wenn man auch gleich eine gerechte oder auch nur eine Sache hat, die wahrscheinlich ist. Ein andres aber ist es, wenn es ein Procurator in rem suam wäre. Ein Procurator in rem suam heißt so viel, als Cessionarius, oder ist derjenige, dem auf rechtmäßige Art Klagen abgetreten worden. Ein Cessionarius Actionum ist nun aber in der That Eigenthümer. Wie also der Dominus willkührlich über seine Sache schalten kann, also muß auch ein solcher Procurator in rem suam auf bona renunciiren können, die er sich asseriren will, oder er muß auch die Sachen selbst auf andere transferiren können, denn es hängt von ihm ab, da er Dominus ist. Von andern Procuratoribus kann man auf den Procuratorem in rem suam nicht schliessen. Die andern Procuratores sind keine Domini. Ferner sieht man daraus, daß alles, was zum Vertrage überhaupt erfordert wird, auch bey einer Transactione vorhanden seyn muß. Wer demnach nicht überhaupt schon paciſciren kann, der kann auch nicht transigiren. Da nun dem Pacto entgegen steht Dolus et Vis, so geht es auch nicht an, daß man einen Dolo, vel vi ad transigendum bringen kann, sonst ist Transactio nulla. Selbst die Obrigkeit soll die Parthien zu einer Transaktion nicht zwingen, ausser wo es das allgemeine Beste erfordert, das manchmal insonderheit auf Universitäten geschieht, wenn nämlich Leute einen Proceß anfangen wollen, z. B. mit Studenten über ein Bagatell, daß es nicht der Mühe werth ist, die Beschwerden über sich zu nehmen, die man bey einem Processe hat. Sieht man da, daß der Gegentheil nur streiten will, und um deßwillen insonderheit hadert, weil es nichts kostet, indem die Processe bey Universitäten wie bey Consistoriis umsonst geführt werden, so kann der Richter ex Officio die Parthien ad Transactionem zwingen, da utilitas publica erfordert, daß man dergleichen Händel nicht zugiebt.

§. 4.

Das Objectum Transactionis sind zweifelhafte Sachen, Res dubiae. Denn es soll Transactio eine Entscheidung der Sache seyn. Diese aber erfordert eine zweifelhafte Sache. Wo also die Causa nicht dubia ist, da findet auch keine Transactio statt. Es ist aber gewöhnlich eine rechtskräftige Urthel keinen Zweifeln unterworfen, sondern es ist etwas ausserordentliches, wenn eine Sentenz die Kraft Rechtens erlangt, und doch noch Dubia übrig bleiben, wie Stryck in Vſu moderno bemerkt hat, und aus der bekannten Clausel der Practicorum bekannt ist, daß sie zu sagen pflegen, wenn auch gleich die Sentenz die Kraft Rechtens betreten hat: Gottlob! nun ist der Proceß halb zu Ende. Man kann auch contra rem judicatam manchmal noch viel Dubia anführen, wie aus obigem von den Vermuthungen bekannt ist, indem auch manchmal gegen die Præsumtionem,

worauf

worauf sich Res judicata gründet, noch ein Beweis statt findet, z. B. wenn auf falsche Instrumenta gesprochen worden ist. Wenn solche Dubia sich noch finden sollten, daß etwa die Instrumenta, welche bey dem Ausspruche zum Grunde gelegt worden, falsch sind, thut einer freylich besser, da er sich nicht völlig gewiß in seiner Sache weiß, wenn er auch post rem judicatam noch transigirt, als daß er noch viel darauf pochen will. Wenn demnach Struv sagt, daß nach erlangter Rechtskraft, oder wenn durch Eidesleistung der Streit beendigt worden, kein Vergleich mehr statt habe, so muß man hinzusetzen: ausser es wären auch nach der Rechtskraft noch Zweifel vorhanden. Denn sonst ist auch noch Ratio transactionis post rem judicatam vorhanden, wenn sie nämlich noch impugnirt werden kann.

§. 5.

Manchmal wird ein Vergleich über ein Testament vor dessen Eröffnung getroffen. Der Fall ist dieser: Titius macht einen Anspruch auf 1000 Rthlr. an den Sempronius, als Erben des Lucius, weil sie ihm in seinem Testament vermacht worden. Sempronius als der Erbe negirt, daß ihm etwas vermacht worden, hingegen der Legatarius, der glaubwürdig gehört hat, daß ihm eine Summe wäre vermacht worden, klagt auf Herausgebung des Testaments. Sempronius will das Testament nicht herausgeben, mithin kommen sie darüber in Proceß. Sempronius, weil das Legatum sich etwa auf 6000 Rthlr. belauft, bietet ihm 3000 Rthlr. Nun fragt sichs, ob hier Transactio statt finde? Antw. Nein, denn Tabulis inspectis, d. i. wenn das Testament exhibirt und eingesehen wird, kann die Sache sogleich ins Gewisse kommen. Da kann man ja gleich sehen, ob das Legatum verlassen worden oder nicht. Denn da nur de Re dubia die Transactio gilt, so gilt sie in dem Falle nicht. Es ist ein Dolus Haeredis dabey, wenigstens Verdacht. Und auf diese Weise, wenn sich Legatarius ohne genommene Einsicht mit den Erben vergleichen wollte, so könnten ihm selbige leicht etwas vorlügen und sagen, es wäre eine geringere Summe im Testamente enthalten, als er sich einbilde. Wird er, wenn Ratio Transactionis auch hier statt hätte, daß nämlich, wenn auch das Testament exhibirt wird, welches man doch anderer Ursachen willen nicht thun will, doch noch disputabel wäre, ob der andere etwas zu fordern hätte, oder als hätte sonst der Testator seinen Willen geändert. Wenn aber auch noch in Ansehung des Vermächtnisses selbst Zweifel sich hervorthun, so kann Transactio wegen der wahrscheinlichen Zweifel statt finden. Gundling hat eine schöne Disputation geschrieben de Transactione Tabulis non inspectis inita.

§. 6.

Nun fragt es sich, ob man denn auch de alimentis transigiren könne, welche einem in dem Testamente hinterlassen worden? Antw. Nein, in Ansehung der künftigen Unterhaltung ist der Vergleich nicht erlaubt. Es hat z. B. der Testator dem Nevius monatlich 12 Reichsthaler ad alimenta ausgesetzt, die ihm sein Erbe prästiren soll, dieser aber macht sie ihm streitig, und will ihm quid pro quo geben, da fragt sichs, wenn er sich mit ihm einläßt, ob die Transactio gilt? Antw. wem Alimenta vermacht worden, dem muß es auch Noth darum thun, wer aber in Noth ist, gesteht alles gerne zu, was ihm der Erbe giebt, und ist also hier gemeiniglich eine sehr gefährliche Concussio des Erben, um derentwillen man eine solche Transactionem nicht zulassen wollen, weil sie zum grösten Nachtheile des Alimentarii, d. i. dessen, dem die Alimenta gebühren, gereichen würde. Denn es könnte einer nachher gar darben, wenn er quid pro quo statt der alimentorum angenommen hat, ja wohl gar darum gebracht oder bestohlen werden, wo hingegen ihm immer seine Alimenta sicher verbleiben, wenn der Erbe sie ihm jährlich zu prästiren gehalten ist. Es geht daher nicht an, über die künftigen Unterhaltungskosten ohne vorhergehende Untersuchung und richterliche Gestattung zu transigiren. Solchemnach kann auch kein Eid anstatt dieser Gestattung gelten, denn gegen ein gesetzliches Verbot gilt kein Eid. Jener Grund fehlt bey alimentis praeteritis, denn die dienen nicht mehr zu seines Lebensunterhalt, wie die futura. Wenn er sonst mit dem Erben in einen Proceß geräth, kann er sich mit ihm auf etwas Gewisses gar wohl vergleichen, damit er die vexas Processus verhüten möge. Es kann auch einem Alimentario ein Vergleich alsdann nützlich seyn, wenn etwa viele Zweifel in Ansehung der Art und Weise des hinterlassenen Vermächtnisses sich finden sollten, da ist es besser, wenn er transigirt, als wenn er sich in einen Proceß einläßt, wodurch er wohl gar um das Legatum alimentorum kommen kann, ja noch darüber die Processkosten verliert, wenn er hingegen transigirt, doch etwas bekommt, zwar nicht so viel, als er verlangt. Es darf auch das, was man ex Transactione bekömmt, mit dem, was man verlangt, in keinem Verhältnisse stehen, denn es ist hier ganz anders, als bey andern Pactis. Bey andern Pactis kann man prätendiren, daß die Sache, die man gegen eine andere vertauscht, eine Proportion habe, hier aber erfordert es keine Proportion, weil nicht gewiß ist, ob einer dem Andern etwas schuldig ist. Uebrigens erstreckt sich diese besondre Verordnung nicht auf die jährliche Wittumsgefälle, denn was einer Frau ratione Dotalitii, z. B aus Lehen jährlich von den Lehenerben, als Agnaten gegeben wird, das verhält sich nicht wie Alimenten, und also kann man auch von ali-

men-

mentis hierauf nicht schließen, folglich wenn sie in einen Proceß mit den Agnaten über ihre Prätension geräth, so sie ihres Wittums halber zu machen hat, so kann sie sicher transigiren, wie denn auch überhaupt obiges nicht auf vertragsgemäße Alimenten geht. Und da der Vergleich in favorem Legatarii nicht gilt, wenn er nämlich sieht, es sey ihm nicht gut, so kann der Erbe solchen auch nicht umstossen. Daher heißt auch solche Transactio claudicans. In so weit sind auch alimenta nicht Res arbitrariae, da eine Concussio des Erben dabey zu befürchten, weil auch das Publikum interessirt ist, damit die letzten Willensmeynungen zu ihrer Erfüllung kommen mögen.

§. 7.

Ausser dem, daß die Sachen, worüber man sich soll vergleichen können, zweifelhaft seyn müssen, wird auch erfordert, daß sie privati arbitrii, d. i. so beschaffen sind, daß wenn sie einem gewiß zustünden, er auch nach Willkühr darüber schalten könnte. Nun ist aber Res privati arbitrii nicht die Ehe. Es stößt einer eine Weibsperson von sich, die er doch bisher als seine Frau tractirt hat, sie will auch seine Frau seyn, und beruft sich auf die Copulation. Nun will er sich mit ihr in einen Vergleich einlassen, und derselben etwas Gewisses geben, daß sie von ihrer Prätension abstehen soll. Allein das geht nicht an, denn es kann ja auch seyn, daß eine wirkliche Ehe vorhanden ist, ein Matrimonium aber, das wirklich vorhanden ist, kann privato arbitrio nicht dissolvirt werden, auch nicht einmal durch die Obrigkeit, ausser in den oben angeführten Fällen des Adulterii, malitiosae Desertionis, und der Inimicitiarum Capitalium, sonst wäre es gar etwas leichtes, daß man die Ehe aufheben könnte. Allein von dem Matrimonio kann man nicht auf die Sponsalia schließen, und daher kann man auch nicht einmal schliessen, daß weil contra Matrimonium dissolvendum keine Transactio angeht, also gehe auch contra Sponsalia keine Transactio an. Wohl aber geht pro Sponsalibus contrahendis eine Transactio an, da selbst pro Matrimonio contrahendo eine Transactio statt hat. Das Aergernis ist auch so groß nicht, wenn Sponsalia de praesenti in Zweifel gezogen werden, und deßhalben Proceß geführt, mithin darüber eine Transaction errichtet wird. Zudem haben Personen, deren sich eine als Ehegatte von der andern ausgiebt, praesumtive sich auch schon fleischlich mit einander vermischt, das ist aber bey Sponsalibus de praesenti nicht. Nun macht aber eben dieses das Aergernis hauptsächlich aus, wenn nämlich solche Personen wieder von einander wollen. Jedoch läßt man auch nicht gerne Sponsalia trennen, weil doch auch bey Verlobten ein familiärer Umgang ist. Es ist solcher aber nicht so familiär, als bey Eheleuten,

und läßt sich doch noch keine fleischliche Vermischung vermuthen. Wenn also 1) ein Paar Eheleute quoad Thorum et Mensam geschieden sind, kann der Mann der Frau ein Stück Geld anbieten, daß sie wieder zu ihm komme. 2) Wenn ein Paar Verlobte über gewisser alter Weiber Reden uneinig werden, kann der Bräutigam oder die Braut dem andern Theile ein Geschenk machen, daß sie wieder einig werden. Es ist doch aber auch selbst bey Sponsalibus Rechtens, daß wenn der andre Theil sich auf Sponsalia de praesenti beruft, und darüber einen Proceß anfangen, dieser aber einen Transakt eingehen will, die Transactio nicht eigenmächtig geschehe, sondern vom Consistorium bestättigt werde, oder sub auctoritate Consistorii vorgehe, denn so kann sie gar nicht impugnirt werden. Es ist niemand, der ein Interesse dabey hätte, einen solchen Transakt zu impugniren, als das Consistorium. Man kann alles obiges statuiren, ohne daß man mit Strycken reliquias Papatus hier anzunehmen hat, als quod contra Sacramentum non valeat Transactio, quia Sacramentum non debet reddi irritum. Es rührt vielmehr alles daher, daß die Causae matrimoniales nicht privati arbitrii sind.

§. 8.

Die Verbrechen sind nur in soweit privati arbitrii, als wegen der Schadensersetzung für den Beleidigten geklagt wird. Dieser kann dieselbe, nicht aber Interesse publicum nachlassen. Darauf kann er auch nicht renunciiren. Die Transactio aber involvirt eine Renunciation, also kann er auch nicht über Delicta commissa ratione Interesse publici, oder in praejudicium Fisci transigiren, wohl aber ratione Interesse privati sui, z.B. Satisfactionis a Delinquente sibi debita. Bey den Criminibus hat man zu distinguiren, ob sie erst noch verübt werden sollen, oder bereits verübt worden sind. Ueber Crimina committenda geht es nicht an zu transigiren, denn das würde Anlaß geben, die grösten Schandthaten zu verüben. Ein anders aber ist es, was die Crimina commissa anbetrift. Denn wenn Crimina verübt worden, so wird allezeit auch dadurch eine Laesio inferirt, und auf solche Läsion kann der Laesus agiren, mithin seines Rechts sich auch begeben. Ein anders ist es, wenn Infamia auf ein solches Delictum gesetzt ist, ausserdem, daß die dadurch inferirte Läsion reparirt werden muß. Wenn einer gleich dem Beschädigten Genugthuung verschafft hat, so ist es doch eine Poena publica, wenn ipso Jure auf das Delictum infamia gesetzt worden. Eine Satisfactio privata aber kann diese Poenam publicam nicht aufheben, sondern er bleibt deswegen doch infam, und das aus dem Grunde, weil er, indem er über ein Delictum privatum transigirt, als Confessus et Convictus angesehen wird, dem Confesso et Convicto

cto aber Infamia quasi condemnato aufliegt. Wer Actione furti klagt, kann sich vergleichen, weil die Sache seinem Arbitrio überlassen, allein der Schuldige wird wegen seines daraus folgenden Bekenntnisses für unehrlich gehalten, weil diese Klage die Unehrlichkeit nach sich zieht. Wer auch mit einer Hure transigirt, der gesteht eo ipso das Stuprum, oder vielmehr Scortationem, in dem Falle also wird er infam, denn er condemnirt sich selbst, und ist nicht nöthig, daß er die in Rechten gesetzte Infamiam durch ein Urthel erst sich zuziehen soll. Jedoch hat man in diesem Falle auch zu distinguiren, in welcher Absicht die Transactio de Stupro geschehen. Denn nur alsdann ist sie schädlich, wenn daraus Confessio stupri erhellet. Wenn aber einer blos mit einer Hure zu Abschneidung alles Streits transigirt hat, so gesteht er deswegen noch nicht das Stuprum, sondern er negirt es, er will sich aber nicht viel durch einen so verhaßten Proceß beunruhigen lassen. Daraus kann nichts Widriges gegen ihn erfolgen. Und eben so auch, wenn einer unter obrigkeitlicher Gewalt in dergleichen Fällen eine Transaction eingeht, denn alsdann wird angenommen, daß der Vergleich zu Abschneidung alles ärgerlichen Processirens getroffen worden ist. Das geschieht manchmal, daß der Richter eine Transaction sua Auctoritate Judiciali interponirt, wenn etwa der Proceß ärgerlich ausfallen könnte, jedoch aber noch viele Dubia vorwalten, daß doch noch der Ausgang zweifelhaft ist. In dem Falle muß, weil noch der Richter die Transaction selbst getroffen hat, oder dieselbe, wie man sagt, autore praetore geschehen, die fama salva verbleiben. Gleichergestalt, wenn durch einen Dritten ein Vergleich getroffen worden, muß auch fama salva verbleiben. Denn auch hier gesteht einer das Stuprum noch nicht, das Geständnis aber, das sich aus dem Vergleich folgern läßt, macht infam. So oft demnach dieses cessirt, so oft muß auch Infamia cessiren. Und wenn per pactum gratuitum der Andere den Proceß liegen läßt, so kann auch hieraus kein Geständnis erzwungen werden, denn das thut einer freywillig. Es geht ja aber an, daß der Andere freywillig den Proceß liegen läßt, ohne daß man deßwegen den Einen des Verbrechens schuldig erachten kann. Also cessirt auch hier das fundamentum infamiae. Es geschieht dieses, wenn einer den Actorem mit guten Worten disponirt hat. Z. B. Cajus wird mit der Actione furti belangt. Er ist ein Handwerksmann, die Innung will ihn deshalb nicht leiden. Er geht zum Kläger, bittet flehentlich, er möchte ihn doch nicht weiter verfolgen, er wäre ja nicht der Thäter, er solle sich vielmehr besser erkundigen, so würde er hören, daß er unschuldig sey, der Actor läßt sich bereden, das ist Pactum gratuitum. Der gewöhnlichste Modus ist deßwegen, was das Stuprum anbetrift, daß man durch einen Dritten transigiren läßt, so bleibt doch allemal fama salva.

§. 9.

§. 9.

Die Delicta publica sind unterschieden. Es sind entweder solche, welche eine Leibes- und Lebensstrafe nach sich ziehen, oder nicht. Nun war bey den Römern eingeführt, daß wenn einer den Andern angeklagt hatte, er sich zugleich in Crimen, wie man sagt, inscribiren, das ist, sich zur nämlichen Strafe verbinden mußte, wo er im Beweise unterliegen sollte. Wo also auf ein Crimen eine Lebensstrafe gesetzt war, da mußte allemal einer von beyden sterben, der Accusatus, wenn das Crimen gegen ihn erwiesen werden konnte, der Accusator wenn er das Crimen, dessen er den Andern beschuldigte, nicht erweisen konnte. Da sagt Struv: daß auch in Ansehung der Delictorum publicorum ein Vergleich zuläßig gewesen, wenn auch gleich die Lebensstrafe darauf gesetzt war, nämlich in soweit, daß der Angeklagte nicht für eingestanden gehalten, und der Ankläger nicht in poenam talionis verfiel. Wenn nämlich ein solcher Transact zwischen dem Ankläger und Angeklagten vorgegangen, so wird zwar dadurch die Poena nicht aufgehoben, und kann ein Andrer doch noch die Anklage thun. Allein ein andres ist es, wenn der Ankläger und Angeklagte sich miteinander verglichen haben, ob der Ankläger in poenam talionis verfalle, und es eben so viel sey, als hätte er das Crimen nicht erweisen können, dessen er den Andern beschuldiget hat. In diesem Falle muß man dafür halten, er habe vielmehr zur Ausweichung der Todesstrafe sich verglichen, denn es kann einem nach gethaner Anklage Eventus Litis sehr zweifelhaft scheinen, und doch kommts auf Leib und Leben an, also will er lieber transigiren, als es auf einen mißlichen Ausgang ankommen lassen, ob er auch mit dem Beweise werde zu Stande kommen können. So hatte es auch bey dem Angeklagten viele Verdrießlichkeiten nur blos der Anklage halber. Denn da mußte er auf öffentlichem Markt in einem besondern Habit respondiren, das war schon sehr schimpflich. Daher konnte es seyn, daß er lieber mit dem Ankläger transigirte, nur die Unbequemlichkeiten des Processus Accusatorii zu verhüten, wenn er sich gleich unschuldig wußte. Diesemnach kann man weder von Seiten des Accusati, noch Accusatoris Confessionem Criminis oder Calumniae daraus erzwingen, sondern man hat es als etwas angesehen, so man ad sanguinem suum redimendum in Casu dubio ergriffen hatte. Allein heut zu Tage, nachdem die Inscriptio in Crimen cessirt, und keine solche Poena mehr recipirt ist, kann auch dieser Casus nicht vorkommen, sondern es ist blos ein Casus, der auf das Jus Romanum geht. Bey allem dem aber wurde doch vi L. 18. C. de Transact. ab ista Regula das Adulterium excipirt, weil es ehemals ex Lege Julia kein Delictum capitale war. Ueberhaupt kann man sagen, man könne sich über den Ehebruch ver-

vergleichen, wenn solches nicht in eine Kupplerey ausarte. Es geht nicht an, daß der Mann mit demjenigen, den er bey seiner Frau im Bett antrift, transigire, sonst könnte der Mann und die Frau mit einander verabreden, um nur einen ums Geld zu schneutzen, daß nämlich die Frau sich zum andern legen, und nachdem der Mann dazu kommen sollte, da er denn nicht anders loß zu lassen, als gegen einen Transakt, vermöge dessen er eine ziemliche Summe bezahlen müßte. Um also auch dieß zu verhüten, ist die Transactio gänzlich verbothen worden, weil selbige Speciem quandam Lenocinii bey sich hat, dergleichen bey der gratuita Remissione nicht vorhanden. Wenn aber auch der Mann in der That einen andern im Bett bey der Frau angetroffen, und mit ihm transigirt, so ist die Laesio auf ihrer Seite aufgehoben, und solchergestalt, da man bey Bestrafung des Ehebruchs zugleich mit auf Laesionem Conjugum sieht, so geht Transactio de Adulterio doch ad eum effectum an, daß sie ein mitigans poenae abgiebt. Die poena Adulterii wird deswegen nicht aufgehoben, obgleich der Mann mit dem, den er bey seiner Frau im Bett angetroffen, transigirt hat. Deswegen bleibt es doch noch ein Adulterium, mithin findet auch poena Adulterii statt. Und obgleich einer auf solche Weise sich per transactionem von dem Accusationsproceß loß gemacht haben sollte, so geht doch die Transactio nur auf den Accusatorem, dessen Jus Accusandi wird aufgehoben, und er renuncirt demselben durch den Vergleich. Eines andern sein Jus accusandi aber kann er dadurch nicht aufheben, folglich geht es auch nicht an, daß durch einen Vergleich de Crimine publico einem andern Accusatori, der sich nicht verglichen hat, oder auch der Obrigkeit Nachtheil zuwachsen kann. Wenn mehrere um das Crimen wissen, so können sie es doch angeben, oder auch der Magistratus kann ex Officio inquiriren. Wo demnach auf ein Delictum publicum Leibes- und Lebensstrafe steht, kann bloß reus cum accusatore transigiren, wenn niemand ausser dem Accusatore was darum weiß.

§. 10.

Die andere Regel ist: über Verbrechen, auf welche die Todesstrafe nicht gesetzt ist, gilt kein Vergleich. Nach den römischen Rechten würde der Accusator in poenam Senatus Consulti Turpiliani verfallen. Denn es wäre soviel, als könnte er nicht beweisen. Hier könnte man nicht präsumiren, daß er wegen der Gefahr, so ihm bevorsteht, abgegangen sey, mithin ist vielmehr zu präsumiren, wenn er eine Anklage gethan hat, und davon nach dem Vergleich abweicht, daß er sich vorgestellt oder gewußt habe, daß er mit dem Beweiß nicht durchlangen würde. Heut zu Tage ist er pro temerario Accu-

fatore zu halten, folglich auch als ein Calumniator zu bestrafen, wenn er mit dem Angeklagten transigirt hat. Wenn aber der Accusatus über crimina, quae sanguinis poenam non ingerunt, sich vergleicht, so wird er nicht angesehen, als wenn er bloß wegen der bevorstehenden Lebensgefahr transigirt hätte, denn es ist da keine vorhanden, mithin wird vielmehr ex ista transactione Confessio geschlossen, und deswegen, sagt Struv, wird der Angeklagte für überführt gehalten, welches alles wie bey pactis gratuitis fehlt, denn daraus kann weder Calumnia, noch Convictio geschlossen werden. Was aber den Reatum anbetrift, so kann der durch die Satisfactionem privatam nicht aufgehoben werden, deswegen steht es doch noch der Obrigkeit frey, oder hindert sie nicht, es zu bestrafen, wobey man denn auf quantitatem Laesionis illatae zu sehen hat. Z. B. Es hat ein Dieb mit dem Herrn, dem er etwas entwandte, transigirt, nachdem nämlich dieser ihn des Diebstahls halber angeklagt hat, da mindert doch diese Transactio die Größe der Beschädigung. Nun ist aber oben angezeigt worden, in so weit das Furtum als magnum bestraft wird, sieht man auf quantitatem rei furtivae et damni illati. Ueberhaupt also kann man heut zu Tage die Sache folgender Gestalt fassen: es geht zwar eine Transactio de delicto ratione laesionis illo delicto illatae an, aber nicht ratione reatus, sondern ratione illius reatus findet post transactionem noch poena publica statt, weil man durch die Transactionem nur auf sein Jus privatum hat renunciren, nicht aber dem Staate, der dabey interessirt ist, daß die Crimina bestraft werden, vergeben können.

§. 11.

Die Transactio wird um deswillen gebraucht, daß dadurch eine strittige Rechtssache decidirt werden soll. Dazu wird auch der Proceß sonst angestellt, und per Sententiam geendigt, daß nämlich die Causa controversa ihr Ende dadurch gewinnen möge, und heißt deswegen die Transactio conventa Causae decisio. Also hat Transactio eundem Effectum mit der re judicata, das ist eben so viel, wenn ein Vergleich errichtet wird, als wäre die Sache per Sententiam abgemacht worden, und zwar per Sententiam, die in rem judicatam erwachsen. Daher sieht man auch hier auf weiter nichts, als daß eine Prätension einer Schuldforderung halber gemacht worden, um das Fundament derselben bekümmert man sich nicht, sondern man sieht bloß auf den Vergleich. Wenn einer z. B. dem andern 1000 Rthlr. schuldig ist, und er vergleicht sich darauf mit dem andern auf 800 Rthlr. so sieht man darauf weiter nicht, ob diese 1000 Rthlr. der andere schuldig ist ex Emto Vendito, oder nicht, sondern es ist eine Novatio geschehen, und gebühren nachdem die

800 Rthlr. ex ista transactione. Was daher bey der re judicata in Ansehung der Aufhebung oder Gültigkeit Rechtens ist, das gilt auch bey der Transactione. Gleichwie nun eine res judicata nicht einmal durch ein Landesherrliches Rescript aufgehoben werden kann, da sie sich auf einen quasi Contractum gründet, der Princeps aber einem sein Jus ex quasi Contractu quaesitum nicht benehmen, es auch nicht unter dem Vorwand erst aufgefundener Urkunden wieder vernichtet werden kann, so geht solches auch nicht bey einer Transactione an, es wäre denn, daß ex Instrumentis noviter repertis ersehen werden könnte, daß die transactio aus falschen Urkunden errichtet worden, oder auf falsche Instrumenta gebaut sey, deren Unächtheit aus den neuerdings gefundenen erhellte, denn sonst renuncirt bey der Transactione einer auf alles. Hingegen excipirt er doch allemal dolum, denn gleichwie der dolus überhaupt den Einverständnissen entgegen ist, so hebt er auch insbesondere die Transactionem auf. Wenn also einer dem andern Instrumenta vorenthalten wollte, so wäre klar, daß die Transactio null wäre, wenn der andere nachher Nachricht von diesen Instrumenten erhalten hätte, denn wären diese Instrumenta producirt worden, so wäre vielleicht die Sache klar gewesen, es besteht aber keine Transactio anders, als wenn sie de re dubia errichtet worden. Ein anderer Casus ist folgender: Ein Freund von mir, so ohne Kinder gestorben, hat mir im Testament was vermacht, der Erbe aber macht allerhand Händel wegen des Legati, so daß ich genöthiget werde, um einen Proceß zu vermeiden, mich mit ihm zu vergleichen, und zwar, daß ich wegen aller und jeden Vermächtnisse 600 Rthlr. annehmen will. Ich bekomme auch solche, nach einem Vierteljahre aber höre ich, daß in einem Codicill mir noch besonders 200 Rthlr. verlassen sind, so fragt sich, steht mir der Vergleich im Wege, daß ich die 200 Rthlr. nicht fordern kann? Antw. Nein. Denn wir haben vorher nur super Testamento transigirt, nicht über das Codicill, auf das nicht gedachte aber kann die Einwilligung nicht ausgedehnt werden. Also kann ich das Legat aus dem Codicill von neuem fordern. So ist es auch mit dem Irrthum beschaffen, z. B. zween verstehen einander nicht, was begriffen worden, ein jeder hat was anders verstanden, da gilt die Transactio nichts. Nicht aber jeder Error steht der Transactioni im Wege, denn es ist bey aller Transactione ein Error. Der nachgiebt, meynt, es möchte etwa mißlich ausfallen, und er mit seinem Recht nicht fortkommen können, so er zu haben vermeint, hätte er es hingegen darauf ankommen lassen, so hätte er es durchgesetzt. Also hat er sich geirrt. Allein dieser Error schadet der Transactioni nichts, denn eben deswegen, weil der Eventus litis doch dubius ist, findet transactio statt, sonst hätte man sie nicht nöthig. Z. B. Titius fordert von mir

800 Rthlr. Ich vergleiche mich mit ihm auf 600 Rthlr. Er ist es zufrieden, da kann er entweder irren, daß er die 200 Rthlr. fahren läßt, oder ich, da ich ihm 600 Rthlr. gebe, da ich doch nicht weiß, ob ich ihm etwas schuldig gewesen wäre zu geben. Es kommt darauf nicht an, ob die Sache jetzo klar ist, genug daß sie damals zweifelhaft war. Wenn aber in der Transactione selbst ein Irrthum verübt worden, so hindert dieser Irrthum den Consensum, und der Consensus hebt die Conventionem auf, Transactio aber solle eine Art der Conventionis seyn. Endlich wird manchmal ein Vergleich eidlich bestättigt, damit es desto gewisser seyn möge, daß er werde gehalten werden. In diesem Fall ist es, wenn er gebrochen wird, höher, als sonst anzusehen, denn es handelt einer zugleich gegen seinen Eid, daher sind Strafen darauf gesetzt worden, die sonst nicht eintreten, wenn einer von seinem Vergleich abgeht. Er wird nämlich infam, weil er seinen Eid gebrochen hat, und eben deswegen verliert er auch alle Vortheile, die er sonst aus der Transactione gehabt hätte. Ist eine Poena conventionalis gesetzt worden, wenn der Vergleich nicht gehalten werden sollte, so kann auch auf diese Poenam zugleich die Vollstreckung geschehen. Ferner ist zu bemerken, daß wenn man sich über einen gewissen Streit verglichen hat, solches nicht auf andere Streitigkeiten zu erstrecken ist, denn eine Transactio ist stricte zu interpretiren, als eine Species renunciationis, oder weil sie eine Renunciationem in sich begreift. In Casu dubio aber muß man allemal präsumiren, daß einer wenig von seiner Prätension abgegangen, z. B. daß er nicht viel davon habe fahren lassen. Wenn man demnach transigirt hat, z. B. über ein Debitum ex mutuo, und der Debitor ist dem Creditori auch noch aus einem andern Grund schuldig, so kann man den Transakt nicht auch darauf ziehen, denn wer sich eines Postens halber vergleicht, der vergleicht sich eines andern halber noch nicht, indem ein Posten liquid seyn kann, da der andere hingegen illiquid ist, und wenn auch ein Posten illiquid ist, so kann doch einer mehr Schwürigkeiten haben, im Fall ein Proceß darüber entsteht, als ein anderer.

§. 12.

Es kann aber der Vergleich durch beyderseitige Einwilligung aufgehoben werden. Denn mutuo Consensu können alle Pacta aufgehoben werden, also auch Transactio. Ferner kann er wegen eines Verstoßes in der Rechnung (ob errorem Calculi) rescindirt werden, denn auch dieser Error hebt den Consensum in transactionem auf. Titius ein Administrator rerum alienarum macht seine Rechnung auf 7000 Rthlr. Er vergleicht sich aber mit seinem Principal auf 6000 Rthlr. Nachher nimmt er gewahr, daß er sich in der

Rech-

Rechnung geirrt hat, und sie nur auf 6000 Rthlr. geht, so würde er also 6000 Rthlr. nicht accordirt haben. Da ist propter hunc Errorem Calculi die Transactio null, weil sie die Einwilligung bey ihm aufhebt. Ein anders wäre es, wenn selbst de Errore Calculi wäre transigirt worden, wie solches manchmal geschieht. Denn da man nämlich sich mit den Administratoribus in der Güte setzt, wenn etwa ein Proceß entsteht, so geschieht zuweilen, um auf einmal aus der Sache und in der Kürze herauszukommen, und alle Processe zu verhüten, daß man den Administratorem auch auf den Errorem Calculi, oder auf das daher rührende Jus retractandi transactionem renunciiren läßt, dessen kann er sich ja begeben, wenn er will, denn es steht ja bey ihm, ob er sich lädirt befinden will oder nicht. Renuncirt er aber auf den Errorem Calculi, wenn es ihm vorgestellt wird, da es möglich wäre, daß einer begangen seyn könnte, so kann er sich nachdem über keine Laesionem beschweren, wenn auch der Error noch so groß ist. Denn hätte er sich in der Rechnung geirrt, so hätte er nicht auf sein Jus retractandi ob istum nempe Errorem Calculi transactionem renunciiren sollen. Und da vorhin schon gewiesen worden, daß der Dolus die Transactionem null mache, so muß auch eine offenbare Streitsucht transactionem null machen. Z. B. wenn ganz offenbar ist, daß einer dem andern bloß einen Proceß an den Hals geworfen habe, um ihn zu einem Vergleich zu zwingen, und durch den Vergleich ihm Geld abzupressen, so gilt die Transactio so viel als nichts. Aus diesem Dolo nun, der sich bey einer Transactione finden kann, entsteht Exceptio, wenn man nämlich aus einer Transactione belangt wird, die Dolo erschlichen worden ist. Man kann aber auch Actionem haben, in so fern man ex ista transactione dolo inita was weggegeben hat, ja man kann in dem Fall auch noch selbst auf die Hauptsache agiren. Man hat auch replicationem doli, wenn man auf die Hauptsache agirt, und Exceptio transactionis opponirt wird, so kann man auf den unterlaufenen Dolum replicando sich beziehen, oder hat replicationem Doli. Endlich ist noch die Frage, ob denn Transactio ex Lege 2da Codicis de rescindenda Venditione rescindirt werden könne? Die meisten behaupten dieses. Es lauft aber diese Meynung offenbar gegen den Legem 78 §. f. ad Senatus-Consultum Trebellianicum, denn da heißt es ausdrücklich, wenn einer transigirt, und er nicht einmal den vierten Theil seiner Prätension bekommen, so könne er doch die Transactionem nicht impugniren, es ist auch ganz vernünftig, indem Lex 2da Codicis de rescindenda Venditione wechselseitige Leistung voraussetzt. Wo also das cessirt, da cessirt auch dieser Lex, atqui bey einer Transactione wird kein Aequivalent gegeben, denn man errichtet ja die transactionem super re dubia, es kann ja einer nicht gewiß sagen, daß

ihm das gewiß gebühre, was er prätendirt. Eben deswegen, weil das ungewiß ist, so transigirt er, mithin braucht dasjenige, was gegeben wird, gegen das keine Proportion zu haben, was man fahren läßt, oder was man weggiebt. Ohne eine solche Proportion aber findet keine Laesio statt. Daher mag einer auch enorm durch eine Transactionem lädirt seyn, so kann er doch eigentlich über eine Laesionem sich nicht beschweren, am allerwenigsten aber die Transactionem ex Lege 2 C. de rescind. Venditione impugniren. Knorr hat eine Dissertationem geschrieben de Transact. propter enormem laesionem non rescindenda. Wider den, der eine Transactionem nicht halten will, sind dreyerley modi agendi, 1) ex pacto, 2) stipulatione, 3) ex Contractu innominato, denn auf diese dreyerley Arten kann transactio eingegangen werden. Im ersten competirte Jure Rom. keine actio, wie aus obigem bekannt, heut zu Tage aber condictio ex moribus. Im zweyten competirt Actio ex stipulatu. Im dritten Actio praescriptis verbis, si sc. per contractum innominatum do, ut facias Transactio inita. Wenn in der Transactione abgeredet worden ist, auf Martini zu zahlen, es geschieht aber nicht, kann der andere sagen, nun will ich auch nicht daran gebunden seyn? Antw. Es geht so schlechterdings nicht an, sondern ich kann nur ad interesse morae agiren, der Vergleich bleibt in suo valore. Er muß mir noch zahlen, und zwar propter moram cum Interesse. Ein anderes wäre es, wenn die Clausel, daß alsdann der Vergleich aufgehoben seyn soll, einverleibt worden ist. Man kann bey dieser Materie nützlich gebrauchen **Lynckers** Diss. de Transactionibus, **Gundlings** Diss. de Transactionum stabilitate et instabilitate.

Viertes Buch.

Tit. II.

De Judiciis.

§. 1.

Bey diesem Titul. wird vorausgesetzt, was hernach vorkommt, nämlich, was Judex und Jurisdictio ist. Jurisdictio, Gerichtsbarkeit, heißt die Gewalt einer Person, im Namen des Staats die Angelegenheiten der Unterthanen zu untersuchen und zu entscheiden. Nun ist aber aus obigem bekannt, daß Rechtssachen, Causae, solche Geschäfte, negotia, heissen, wodurch

Jura

Jura acquirirt und Obligationes contrahirt werden ſollen, oder bereits contrahirt und acquirirt worden ſind. Poteſtas bringt mit ſich, daß man was diſponiren kann, oder eine erlaubte diſpoſitionem, mithin geht Jurisdictio nicht nur auf Streithändel, ſondern auch auf andere Cauſas, die nicht ſtrittig ſind, und die nur durch die Auctorität des Obern beſtättigt werden ſollen, damit ſie keinem Streit ausgeſetzt ſeyn mögen. Daher wird nun auch die Jurisdictio in *contentioſam* et *voluntariam* eingetheilt, und heißt contentioſa, welche in Streitſachen ausgeübt wird. Man nennt aber Cauſas litigioſas, wobey die Jura, die ex negotiis entſtehen, oder die Obligationes, die dadurch ſollen contrahirt worden ſeyn, ſtrittig ſind. Diejenige Jurisdictio aber, die in Cauſis non litigioſis exercirt wird, heißt voluntaria. Eine Schenkung oder auch einen Kauf zu confirmiren, ſind lauter Actus Jurisdictionis voluntariae. Denn hier wird Jurisdicto in Cauſis non litigioſis exercirt. Es iſt hier kein Streit vorhanden, ſondern einer iſt Willens, eine Schenkung zu thun, damit aber alle Einreden der Uebereilung auf einmal wegfallen möchten, ſo wird die Donatio gerichtlich inſinuirt, und dadurch confirmirt. Der, dem die Gerichtsbarkeit zuſteht, heißt Richter, eben deswegen tractirt ein Judex nicht nur Cauſas controverſas, ſondern es kommen ihm auch Cauſae non litigioſae vor, als wie wenn er Actus civiles, die vorgehen, confirmiren ſoll, z. B. einen Contractum Emtionis Venditionis. Wenn eine Hypothek gerichtlich errichtet werden ſoll, kömmt ihm keine Cauſa litigioſa vor, ſondern eine ſolche, bey welcher, damit ſie nicht ſtrittig gemacht werden kann, bloß ſeine Auctoritas nöthig iſt. Nun ſieht man leicht, was Judicium iſt. Das Wort Judicium wird verſchiedentlich genommen, late für die Ausübung der Gerichtsbarkeit, ſo daß man ſagen kann, Judicium ſeye ſoviel, als Exercitium Jurisdictionis. Denn es iſt nicht an dem, was Struv anführt, als wenn Judicium allemal eine Cauſam controverſam ſupponirte, denn wenn Contracte vom Richter confirmirt werden, ſo ſagt man ja, daß ſie gerichtlich errichtet worden, allein in hoc Judicium iſt keine Cauſa litigioſa deducirt worden. Solchemnach muß man das Judicium ſo definiren, daß es nicht ſtrictius ſuo definito iſt. Wo alſo ein Judicium ſeyn ſoll, wird freylich eine Cauſa erfordert, die Cauſae aber ſind vel litigioſae, vel non litigioſae, folglich kann das Judicium auch in Anſehung beyder Arten ausgeübt werden. Von dem Judicio nun muß man den Proceß diſtinguiren, denn der Proceß heißt eigentlich die Ordnung, welche bey Ausübung der Gerichtsbarkeit über Streithändel oder in Beylegung der Cauſarum controverſarum beobachtet wird. Denn deswegen werden Cauſae controverſae vor einen Richter gebracht, und derſelbe gebeten, ſeine Jurisdictionem dabey zu exerciren, damit die ſtreitenden Theile wieder auseinander

der gesetzt werden. Wenn nun der Richter hierinn seine Jurisdictionem exercirt, so muß er eine gewisse Ordnung beobachten, und in der Ordnung, die er observiren muß, die Causam controversam zu tractiren, auch zum Ende zu bringen, besteht der Proceß. Es ist also Judicium vom Proceß eben so verschieden, als die Form von der Materie. Judicium besteht in ipsa tractatione Causae. Procedere heißt auch der Etymologie nach soviel, als allmählich fortschreiten, einen Fuß nach dem andern immer weiter fortsetzen. Bey der Tractatione Causae controversae aber in Judicio wird immer von einem zum andern geschritten, bis es endlich ad Sententiam definitivam kommt. Sonst sagen einige, es werde hier nur, wenn de Judiciis gehandelt wird, vom Proceß gehandelt, und seye es also soviel, als wenn hier Judicium Processus hiesse. Es ist aber nicht an dem, sondern es wird hier auch noch Judicium und Processus von einander unterschieden. Nun sind auch gewisse Requisita eingeführt, an welche der Richter bey einem jeden Actu, den er vornimmt, gebunden ist. Deswegen sagt man, es sey das Judicium eine rechtliche Behandlung. Allein man kann nur so sagen, der Proceß seye Ordo legitimus, h. e. Lege praescriptus. Einige sind Juris Naturae, und nothwendig zu observiren, z. B. daß niemand ungehört verurtheilt werde ꝛc. Andere sind Juris positivi, als Fristen, Ferien ꝛc. Auch ist zu bemerken, daß man auch den Ort, wo die Jurisdictio überhaupt exercirt wird, Judicium nennt. Manchmal aber gebraucht man es noch specieller, und nennet nur den Locum, wo die Jurisdictio contentiosa exercirt wird, Judicium, z. B. wenn man sagt, daß die Actus voluntariae Jurisdictionis von dem Judice extra Judicium exercirt werden können. Noch im engern Verstand wird manchmal das Vocabulum Judicii genommen, wie in den Pandecten, bloß für dasjenige, was bey den Römern bey dem Judice pedaneo vorgieng, hingegen in jure fieri hieß alles, was vor dem Prätor verhandelt wurde.

§. 2.

Was wird nun zu jedem Gericht erfordert? Antw. Wenn der Richter seine Jurisdictionem exerciren will, so wird 1) eine Rechtssache erfordert, denn die bringt der Begriff der Jurisdictionis mit sich. Wird aber insbesondere von dem Exercitio Jurisdictionis contentiosae gehandelt, so wird eine Causa controversa erfordert. Eine Causa controversa aber supponirt partes litigantes. Es sind also dreyerley Personen, die das Gericht ausmachen, nämlich die streitenden Theile, deren eine Kläger (actor), die andere Beklagter (reus), und die dritte Judex heißt. Das sind drey Personen, die bey einem jeden Judicio schon der Vernunft nach seyn müssen, denn es heißt auch: wo kein Kläger,

ger, da ist kein Richter; wo hingegen nur Kläger und Beklagte, oder Actor und Reus sind, da kann auch die Causa contentiosa zu keinem Ende gebracht werden. Denn sie wird durch einen Ausspruch zu Ende gebracht, Sententia aber erfordert Judicem. Deswegen sind diese drey Personae principales, weil Personae principales diejenigen heissen, ohne welche ein Judicium nicht bestehen kann. Ohne einen Actorem aber, ohne einen Reum, und ohne einen Judicem kann das Judicium nicht bestehen. Dazu kommt nun noch ordo judiciarius, welche der *Processus* heißt. Das sind denn die Substantialia Judicii, so daß, wenn was daran fehlt, das ganze Judicium nullum ist.

§. 3.

Die Stelle des Actoris wird bey einem Criminalproceß seu Processu inquisitorio durch das Gerücht vertreten, denn wenn einer ein schlimmes Gerücht gegen sich hat, so ist das so viel, als wenn bey dem Richter ein Libell in einer Civilsache gegen ihn eingegeben wäre. Gleichwie dadurch der Richter in Erfahrung bringt, wie einer den andern lädirt, oder einem andern sein Recht vorenthalten hat, so erfährt es auch der Richter durch das Gerücht, die Sage. Der Actor in Criminalibus heißt Accusator, und differirt nur dem Namen nach von dem Actore. Man muß aber deswegen nicht meynen, als wenn allemal der Inquisitionsproceß seinen Ursprung von der fama nähme, sondern er kann auch durch Anzeigen, per Denunciationes, erregt werden. Da aber auch per famam der Proceß gegen einen erregt wird, so wird doch, weil es was sehr beschwerliches ist, wenn man einen Criminalproceß hat, erfordert, daß man der famae so schlechterdings nicht traut, sondern sich erst um den Auctorem bekümmert, damit man sieht, ob es auch wahrscheinlich ist, oder nicht. Denn manchmal kann ein ganz falsches Gerüchte auskommen, und es wäre also ganz unbillig, wenn man einen deswegen in die Inquisition bringen wollte. Daher muß man sehen, ob die Auctores famae glaubwürdige Personen sind, oder nicht. Ausser obgedachten Hauptpersonen hat man auch Nebenpersonen, minus principales, ohne welche ein Gericht gar wohl bestehen kann, die aber doch pflegen dabey mehrerer Ordnung halber gebraucht zu werden. Hieher gehören die Advocaten. Ist einer selbst im Stand, sein Jus zu persequiren, so bedarf er eines andern Hülfe nicht, sondern er kann selbst sein eigener Advocat seyn, wie auch die Advocaten ihre eigene Advocaten sind, und wenn sie in Processe gerathen, ihre eigene Processe führen. Derowegen sind diese keine nothwendige, sondern solche Personen, die ad bene esse eingeführt worden, es kann mehr Ordnung in Gerichten observirt werden, wo Advocaten sind, als wo keine sind. Wie kann einem jeden erlaubt seyn, seine Gerechtsame in

Gerichten zu verfolgen? Es versteht ja nicht ein jeder den Modum, wie ers machen und wo ers angreifen solle. Ein Advocat aber muß es wissen, da er besonders darauf studirt hat. Nun kann es freylich auch gemißbraucht werden. Unterdessen, die Advocatur wegen des Mißbrauchs zu verwerfen, ist eben so absurd, als wenn man überhaupt wegen des Mißbrauchs den Gebrauch verwerfen will. Es ist nicht zu läugnen, daß durch die Advocaten die Processe sehr verlängert werden, das ist aber gegen die Absicht der Einrichtung. Wenn die Advocati wären, wie sie seyn sollten, so könnte durch sie der Proceß verkürzt werden. Denn je mehr Ordnung bey Behandlung der Rechtssache beobachtet wird, desto geschwinder kann die Causa abgethan werden, und viel leichter, als wenn alles nur verwirrt vorgetragen wird. Was auch die Verzögerung anbetrift, so kommt dieselbe nicht immer von den Advocaten, sondern vielfältig von dem Richter her, wenn er ein Sportelkrämer oder commod ist, und nicht gern Acten ließt. Von den Advocaten sind die Procuratores unterschieden. Denn ein Advocat heißt derjenige, welcher die Rechtssache aus den Rechten so instruirt, daß sie entschieden werden kann. Er macht die Schrift, und stellt also das Factum vor, und deducirt es ex jure, wo es nämlich nöthig ist, und es etwa auf ein Jus controversum oder Opinionem Doctorum ankommt. Der Procurator hingegen bringt die Sache durch die Schrift ins Judicium, oder persequirt in Judicio causam ab Advocato instructam, und ist bey allen Handlungen selbst zugegen, die in judicio vorgehen, z. B. wenn Eide abzuschwören sind, wenn Zeugen verhört werden. Heut zu Tage aber, und besonders in den Niedergerichten sind sie meistentheils in einer Person beysammen. Hingegen findet sich der Unterschied noch bey der Cammer, obgleich auch daselbst einige Advocati und Procuratores zugleich sind. Es giebt aber allda auch Advocaten, die keine Procuratores sind, hingegen auch Procuratores, die Advocaten dabey sind, weil die Advocatur viel einträgt, indem die Schriften theuer bezahlt werden. Daher wenn ein Procurator sich alles machen lassen, mithin viel von dem Lucro, so er percipirt, abgeben muß, so würde es um ihn manchmal übel aussehen, wenn er nicht andere Künste gebrauchte. In Hamburg, in dem Wolfenbüttelschen, Hannöverischen, in Berlin ist noch diese Distinction inter Procuratorem et Advocatum, daß nämlich Advocati und Procuratores differiren, wie Herz und Mund. Diese Procuratores müssen sich in Judicio legitimiren, wenn sie admittirt werden sollen, nämlich durch eine Vollmacht, die sie produciren, indem sie Mandatarii sind. Daß aber einer ein Mandatum erhalten, muß erwiesen werden, wo es sich nicht präsumiren läßt. Es läßt sich aber freylich in Sachen eines Gesellschafters oder Verwandtschaftshalber vermuthen. In allen diesen Fällen werden sie auch sine

Mandato

Mandato admittirt, jedoch praestita Cautione de rato, d. i. es müssen die Procuratores, wenn sie ohne Vollmacht admittirt werden wollen, caviren, daß der Principal, was sie in seinem Namen thun werden, genehm halten werde, welche Cautio den Effect hat, daß wenn er es nicht genehm hält, der Gegentheil sich an den Caventen halten kann. Denn den Erfolg hat sie nicht, daß es der Principal ratihabiren müßte, sondern nur, daß wenn man sich mit einem solchen Procurator eingelassen, und man Schaden hätte, weil der Principal nicht genehmigen kann noch will, was sein Procurator gethan hat, man sich an dem Caventen des Schadens halber erholen kann. Es ist aber eben so viel, ob ein Procurator keine Vollmacht producirt, oder ob er eine vorzeigt, die mangelhaft ist, daß nämlich daran was fehlt, daher muß er auch in dem Fall, wenn er admittirt seyn will, de rato caviren. Ausser diesen Personen sind auch noch andere, z. B. die Executores. Vorher aber kommen auch noch die Actuarii, Secretarii, Registratores et Scribae, die nämlich alles, was vorgeht, ad Protocollum nehmen, die Acta judicialia ordentlich registriren und in perpetuam memoriam aufbehalten, welche Personen eben deswegen beeidiget werden, damit dasjenige Glauben hat, was sie thun. Durch diese Personen wird auch zugleich erhalten, daß der Richter desto weniger nach Leidenschaften handeln, oder desto minder Betrügereyen begehen kann, wenn nämlich diese bey den gerichtlichen Verhandlungen zugegen sind, und was vorgeht, niederschreiben, dem Judici aber allein solches nicht erlaubt ist. Eben zu dem Ende sind dem Judici auch noch Assessores beygegeben, die keine bloße Consiliarii Judicis sind, sondern ein Votum haben, wie der Judex selbst. Auch noch ausser diesen Personen sind die Nuncii, Bothen, welche beeidigt seyn müssen, daß man ihnen in dem, was sie von Amtswegen zu verrichten haben, trauen kann, z. B. wenn Citationen erlassen werden, müssen dieselben insinuirt werden. Das geschieht nun per Nuncium, der de facta Insinuatione wieder referiren muß. Damit man nun seiner Relation trauen kann, so werden diese Bothen beeidiget. Auch gehören freylich hieher die Executores Sententiae und was dergleichen Personen mehr sind, die nach den verschiedenen Gerichten verschieden sind, indem die Beschaffenheit der Judiciorum nicht in allen Ländern einerley ist. So giebt es bey den Reichsgerichten verschiedene Personen, die bey andern Judiciis sich nicht finden.

Viertes Buch.

Tit. III.

De

Actore et Reo.

§. 1.

Kläger, Actor, heißt derjenige, welcher eine Klage gegen den andern anstellt. Was aber Actio ist, habe ich oben schon gezeigt, nämlich eine persecutio Juris sui in foro contra denegantem. Dieser Actor heißt auf deutsch Kläger, in peinlichen Fällen aber Ankläger, wo nämlich der Accusationsproceß, oder Processus criminalis mixtus nempe inquisitorius, als wie in manchen Orten obtiniret. Der Fiscal heißt peinlicher Ankläger, so daß man ein Rubrum Causarum criminalium hat: In peinlichen Sachen Fiscals, peinlichen Anklägers ꝛc., welches doch nicht an allen Orten statt hat, denn nicht an allen Orten hat man einen Fiscal, der peinlicher Ankläger ist. Ordentlicher ist es freylich, wo ein Fiscal ist, der die Stelle eines peinlichen Anklägers vertritt. Es können doch aber die Criminalprocesse dadurch gar sehr verzögert werden, wenn der Fiscal dieß Amt mißbrauchen will. Nun kann seyn, daß einer in verschiedener Rücksicht Actor und Reus zugleich ist, z. B. in den sogenannten Judiciis duplicibus, familiae herciscundae, communi dividundo, et finium regundorum, ingleichem in Interdicto, uti possidetis. Jedoch muß man wegen des Beweises wissen, wer Actor und wer Reus ist. Man setze, daß zwey propter Sponsalia in einen Streit gerathen, z. B. es will eine Weibsperson eine Mannsperson haben wegen des Verlöbnisses, die sie mit ihm getroffen hat, so kann der Judex beyde citiren lassen, obgleich keines von beyden Personen Actor seyn will. Weil nun, wenn es zum Proceß kommen soll, bekannt seyn muß, wer Actor und wer Reus seyn soll, so muß der Judex denjenigen Theil, der den Beweiß nicht führen muß, zum Reo machen. So verhält es sich auch in andern Fällen. Wer zuerst den Richter angegangen hat, der ist Actor. Wenn daher ihrer etliche zugleich ad Judicem provocirt haben, so muß durchs Loos ausgemacht werden, wer Actor und wer Reus seyn solle, da alle ein gleiches Recht haben. Es gilt nicht gleich viel, ob einer bey Processen Actor oder Reus wird, denn es heißt: der Kläger hat nicht so viel Gunst für sich, als der Beklagte. Deswegen ist man lieber Reus, als daß man Kläger ist. Dieses macht auch, daß man manchmal den andern aufhält, und ihm Gelegenheit zu

klagen

klagen giebt, und nicht erst selbst klagt, damit sodenn das onus probandi ihm auferlegt werden möge. Doch giebt es auch Fälle, da des Klägers Sache mehr Gunst hat, z. B. wenn es die Freyheit anbetrift, und wohin auch die Doctores Causam dotis, Testamenti, omnemque piam rechnen.

§. 2.

Beklagter, Reus, heißt überhaupt derjenige, gegen den eine Klage erhoben worden ist. Derjenige nun, gegen welchen die Actio erhoben worden, muß sich auch dagegen vertheidigen können, denn es wird was an ihn gesucht, so er sich weigert zu prästiren, indem es sonst zu keiner Klage gekommen wäre. Man muß ihn also dagegen anhören. Daher heißt es: Actoris est agere, Rei vero excipere, seu se defendere, d. i. des Klägers Sache ist, Klagen, des Beklagten, Einreden, oder sich vertheidigen, indem Exceptio bloß in einer Vertheidigung des Beklagten gegen den Kläger besteht. In Civilibus aber heißt er nur Beklagter, in Criminalibus hingegen peinlich Beklagter, Angeklagter bey dem Accusationsproceß, Inquisit aber bey dem Inquisitionsproceß.

§. 3.

Zum Klagen und Anklagen aber kann niemand gegen seinen Willen gezwungen werden. Denn wer klagt, verfolgt ein ihm zuständiges Recht. Es steht ja aber bey ihm, ob er ein Jus remittiren oder persequiren will. Eben deswegen aber kann man nur sagen, so oft jemand in eignem Namen klagt, so oft kann er zum Klagen nicht gezwungen werden. Ein anders ist es, wenn man für einen andern klagt, z. B. wie Tutor, der muß agiren, wenn er sein Officium recht verwalten will, denn er kann das Jus nicht remittiren, so dem Pupillen zusteht, und wenn das angegriffen wird, so muß er es persequiren. In der Persecutione aber besteht die Actio, folglich kann er hier gezwungen werden. Bey dem Reo verhält sichs manchmal eben so, der muß auch gegen seinen Willen sich in den Proceß einlassen, denn sonst kann man nicht wissen, ob dem Petito Actoris zu deferiren oder nicht, oder ihm zu dem zu verhelfen, was er verlangt, wofern sich nicht der Reus in Proceß einläßt. Das macht eben den großen Unterschied zwischen dem Actore und Reo, und daß auf des Rei Seite immer mehr Gunst ist, weil es dem Actori frey gestanden, den Proceß anzufangen, oder nicht. Wenn er aber angefangen ist, und der Reus folgen und sich einlassen muß, so ist er eines temerarii litigii nicht so verdächtig, wie der Actor.

§. 4.

Welches sind nun die Rechtsmittel, einen zum Klagen zu zwingen?

Antw. Das erste ist das Remedium ex Lege diffamari, welches dasjenige heißt, kraft dessen man den, der ein Verbrechen von uns ausſagt, oder sich eines Rechts an unsern Sachen rühmt, auffordern kann, beydes in Rechten gegen uns auszuführen, oder zu gewärtigen, daß ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde. Denn es geht nicht nur dieses Remedium auf Injurien, sondern auch auf alle diejenigen Casus, da der andere sich eines Rechts rühmt, so ihm auf das Unserige zustehe, wir aber nicht vermeynen, daß er ein Fundament dazu habe. Z. B. der andere rühmt sich, er hätte ein Fideicommiß auf den Gütern, die wir besitzen, z. B. es wäre eine Substitutio indefinite geschehen, und der andere machte eine Substitutionem obliquam oder fideicommissoriam daraus, wir hingegen sehen es als eine Substitutionem directam an, jener aber läßt sich verlauten, wenn Titius verstorben, so wolle er schon kommen und die Güter in Anspruch nehmen, da kann man ihn durch dieses Rechtsmittel ex Lege diffamari auffodern, daß er sein vermeyntes Recht ausführen solle. Hier räumt man ihm also eine Klage ein, ja man provocirt ihn, um ihm zu zeigen, daß seine angebliche Actio null seye, denn man will auf alle Fälle, gegen allen Anspruch, den man machen könnte, gesichert und dergleichen Drohungen nicht immer ausgesetzt seyn. Eben so, wenn einer bey den Römern drohte, daß der andere sein Libertus seye, und er ihm zu rechter Zeit schon über den Hals kommen wolle, da konnte er ihn ex Lege diffamari belangen, daß er kommen, und seine Klage anstellen und ausmachen mußte, daß er sein Libertus seye, oder falls er es nicht ausmachen konnte, ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde. Ob es also gleich heißt: nemo invitus ad agendum cogitur, so geht das doch nur so lang an, als es auf des Actoris Intereſſe allein ankommt. Hier aber kommt es auch noch auf das Intereſſe alterius an, und um deswillen kann er ad agendum gezwungen werden. Weil nun hier der provocans Reus ist, so kann die Actio auch nirgends anders gegen ihn, als in foro suo erhoben werden, und kann er also auch in foro suo anrufen, daß derjenige, der sich dergleichen Dinge rühmt, zu erscheinen angehalten werde, und braucht er sich nicht ins Forum des Actoris zu begeben, sondern er geht an seinen Judicem competentem, weil er Reus ist und es heißt: Actor sequitur forum rei. Allein vor allen Dingen muß man die Diffamation bescheinigen, d. i. summarie beweisen können. Wenn nun der Citatus zu rechter Zeit kommt, so muß er die Klage anstellen, bleibt er hingegen aus, so wird ihm ein ewiges Stillschweigen aufgelegt. Bey dem Remedio ex Lege, si contendat, aber räumt man dem andern eine Actionem stricto Iure ein. Man hat aber eine Exceptionem dagegen. Um nun die zu erhalten, und zu verhüten, daß sie nicht inefficax werden möge, so wird das Remedium

medium erhoben, und ist also das remedium ex lege, si contendat, dasjenige, kraft dessen man seinen Gegentheil zu Anhörung jener Einreden, die sonst mit der Zeit verloren gehen könnten, auffordern kann. Wobey man denn keine andere Absicht hat, als daß, wenn er gegen die Exceptiones nichts Erhebliches replicando einbringen kann, wie er denn auf diesen Fall zu repliciren gehalten ist, ihm ebenfalls ein ewiges oder beständiges Stillschweigen imponirt, oder Provocans von seinem Anspruch gänzlich befreyet werde. Der Fall ist dieser: Titius ist dem Mevius 1000 Rthlr. schuldig, Mevius aber wird ihm währender Zeit auch wieder so viel schuldig, daß also Titius Exceptionem Compensationis hat, wenn er zur Bezahlung angehalten werden sollte. Mevius wartet auf den Tod des Titius, und meynt, mit seinen Erben werde er schon fertig werden. Das merkt Titius, und sieht sich vielen Chicanen ausgesetzt, weil seine Erben von seiner Anforderung an ihn nicht genugsam unterrichtet wären, da kann denn Titius den Mevius ex lege si contendat provociren, und sein Ansuchen dahin stellen, wie vorgemeldet. Oder der Bürge befürchtet, sein Debitor möchte mit der Zeit gantmäßig werden, so kann er, da er jetzo noch solvendo ist, den Creditorem provociren, er solle sich auf die Exceptionem, die der Debitor hat, einlassen, oder gewärtig seyn, daß er ewig nicht mehr gehört werde. Titius hat 1000 Rthlr. geborget. Ich bin Bürge gewesen, der Zahltag ist vorbey, der Creditor macht sich weder an den Titius, noch an mich, so kann ich ex lege si contendat bitten, daß der Creditor in Judicio erscheine, und meine Exceptionem anhöre. Wenn nun der Fidejussor die Exceptionem entgegenhält, und sie der Creditor angehört hat, so hat es den Nutzen, daß der Bürge nachgehends von der Zahlung frey wird, und sich mit dem Beneficio excussionis schützen kann. Z. B. Ich und Titius haben für 3000 Rthlr. gutgesagt, der Debitor ist echappirt, und wir beyde Bürgen sind noch solvendo. Weil nun der Zahlungstermin verflossen, der Creditor aber sich nicht meldet, so stellen wir vor, wasgestalt wir gebürget, der Debitor fortgegangen, der Creditor auch auf die Bezahlung nicht dringe, daher wir gebeten haben wollten, den Creditorem zu citiren, unsere Exceptionem i. e. divisionis anzuhören, und darauf zu repliciren, wo er aber nicht kommen sollte, unsere Exceptionem in salvo zu lassen. Hiebey ist wohl zu gebrauchen Lauterbachs Diss. de Remedio legis si contendat.

§. 5.

Von Personen, welche legitimam standi in judicio personam d. i. vor Gericht zu erscheinen haben, wird in utroque Remedio erfordert, daß sowohl Actor als Reus in Gerichten erscheinen. Denn nicht ein jeder kann in

Gerich-

Gerichten erscheinen, sondern wer in Gerichten soll erscheinen können, muß eine Person seyn, und mehr Verstand, als ein Kind haben, denn Actus judiciales sind von grossem Nachtheil, und können also von keinem für sich allein gerirt werden, als von dem, der völligen Verstand hat. Nun hat aber ein Servus keine Person, der wurde Romano jure ad res referirt, und daher hat auch ein Servus nach dem Jure Romano nicht in Gerichten erscheinen können. Das ist aber bey unsern heutigen Leibeigenen anders, die können gar wohl vor Gericht geladen werden, und bey Gerichten in ihren Processen selbst erscheinen, gleichwie sie auch etwas eigenthümliches haben, so daß, wenn sie condemnirt werden, sie auch zu bezahlen und dem Judicato ein Genügen zu leisten angehalten werden können. Bey unsern Famulis hat es noch weniger statt, denn die sind gar freye Leute, können also in Gerichten erscheinen, und darinn ihre Sachen selbst ausmachen. Was aber die Kinder anbetrift, so können dieselben in Gerichten nicht erscheinen, eorum enim est, nec velle, nec nolle, juxta jura. Man hält dafür, daß sie nichts wollen und nicht wollen können, diejenigen nämlich, die unter sieben Jahren sind. Es erscheinet daher statt ihrer der Tutor. Wenn sie aber über sieben Jahre sind, so können sie zwar in judicio agiren, aber nicht allein, sondern Auctoritate Tutoris. Daher kann auch der Tutor dießfalls keinen Actorem ohne ihre Einwilligung constituiren, da sonst der Tutor Infantis den Actorem ganz allein für sich constituirt. Denn es ist wohl zu merken, daß das Wort Actor vielbedeutend ist, und derjenige Procurator, der von einem Tutore constituirt ist, auch Actor genannt wird, indem ein Tutor nicht immer selbst in Gerichten erscheinen kann, sondern manchmal verhindert wird. Weil nun der Procurator a Domino constituirt wird, so hat man denselben nicht Procuratorem, sondern nur Actorem genannt. Unterdessen wird eben bey ihm beobachtet, was bey einem Procuratore zu beobachten ist. Der Actor muß sich auch legitimiren, und seine Vollmacht aufweisen, wie ein Procurator. Seine Vollmacht aber heißt Actorium, da sonst das Instrumentum, womit sich der Tutor legitimirt, Tutorium genannt wird. Das Actorium nun kann ihm nicht anders ertheilt werden, als ab Impubere, et a Minore, wenn nämlich der Actor a Curatore ist constituirt worden, weil die negotia Impuberis und Minoris von ihnen selbst gerirt werden können, jedoch unter Auctorität des Tutoris, oder adhibito consensu Curatoris, sonst, wenn sie de facto erscheinen, hat der Gegentheil diese Formulam excipiendi: Beklagter erscheinet zwar, und obwohl er gleich keine Scheu trägt, auf die Klage sich einzulassen, so kann er doch dabey zu erinnern nicht umhin, wie Kläger noch nicht zwanzig Jahre alt, und also keineswegs personam legitimam standi in judicio habe, zu dem Ende Beklagter

Klä-

Klägern exceptionem minorennitatis opponiret, und ihn von angestellter Klage, nebst Erstattung der Kosten zu entbinden bittet. Bey Servis ist dieses noch was besonders gewesen, daß sie haben in crimine perduellionis, oder auch in crimine Annonae per exceptionem propter atrocitatem horum criminum in den Gerichten erscheinen können, denn die Delicta hat die Republik selbst bestraft, übrigens aber hat sie die Bestrafung dem Herrn überlassen, oder den Herrn deswegen angesehen, wenn ein Schaden daraus entstanden ist. So dürfen auch in Sachsen, und wo die Frauen Vögte haben, selbige allein vor Gericht nicht erscheinen, weil man dafür hält, daß Weibsbilder so wenig im Stand seyen, Negotia Judicialia zu geriren, als Impuberes oder Minorennes Masculi, so daß in Ansehung der Negotiorum judicialium die Weiber immer für minorenn gehalten werden, man schreibt ihnen nur so viel Verstand zu, als Minorennes haben.

§. 6.

Es kann weder die Frau für den Mann, noch dieser für jene, noch der Vater und Sohn für einander belangt werden, denn es darf keiner pro facto tertii stehen, ausser es ist selbiges für sein eigenes anzusehen. Eben deswegen, wenn Mann und Frau sich in communione bonorum befinden, so gehet es gar wohl an, daß in Sachen, die das Vermögen betreffen, Mann und Frau eines fürs andere belangt werden kann, und in solchen Sachen, die die Gemeinschaft der Güter betreffen, muß ein Ehegatte pro facto alterius stehen. So verhält es sich auch bey demjenigen, was ein Sohn auf Befehl seines Vaters gethan, denn weil das Factum auf Ordre des Vaters unternommen worden, so ist es pro facto Patris anzusehen, und kann der Vater als wie ex facto suo proprio daraus belangt werden.

§. 7.

Städte, andre Gemeinden und Collegien können weder gerichtlich klagen noch sich vertheidigen, ausser durch ihren Syndicus. Denn wenn einer z. B. die Gemeinde belangt, so ist unmöglich, daß die ganze Universität erscheinen kann, da eine Universität aus vielen Gliedern bestehet. Es ist eben, als wie wenn einer ein ganzes Dorf belangen wollte, da ist nicht möglich, daß alle Bauren im Dorf vor Gericht erscheinen können, das würde allzuviel Unordnung und Lermen machen, daher müssen sie einen Syndicus, der sie vorstellt, auch wider Willen constituiren. Es heißt aber Vniversitas hier eine aus rechtmäßig vereinten Personen bestehende Gesellschaft, und sind perso-

nae legitime unitae, welche mit Erlaubniß des Staats vereiniget sind, z. B. alle Innungen, Handwerkszünfte, Klöster. Es ist also Syndicus Procurator Vniversitatis. Wer daher nicht Procurator seyn kann, kann auch nicht Syndicus seyn. Und was sonst bey Procuratoribus juris ist, das kann auch meistens hier angewandt werden. Es wird auch daher ein Syndicus wie ein Procurator consensu constituirt. Wenn nun die Frage ist, ob ein Syndicus per majora electus zu Annehmung des Officii gezwungen werden könne, so kommt es darauf an, ob er als ein Membrum Collegii erwählet worden. Solchenfalls muß er es annehmen, sonst nicht. Wo man nun hier die Majora nicht gelten lassen wollte, so wäre kein Ausgang zu erhalten. Wenn daher mit Einwilligung einer ganzen Gemeinde ein Syndicus zu constituiren, so ist die Einwilligung der grössern Theile genug, wenn nur alle berufen sind, da alle ein Jus haben, dem Syndico zu consentiren. Wenn nur Einer nicht citirt worden, so ist die ganze Constitutio null, wenigstens müssen zwey Drittel von der ganzen Gemeinde zugegen seyn, wofern die Constitutio gültig seyn solle. Z. B. die Beckerzunft besteht aus neunzig Meistern. Sie will einen Syndicum constituiren, da muß der junge Meister sie alle zusammen auf die Herberge citiren, und ist es genug, wenn zwey Drittel erscheinen, nämlich sechzig. Der so erwählt wird, kann sich selbst das Votum geben, ja der Sohn kann es dem Vater geben, und umgekehrt, daß also hier die Regel wegfällt: Pater et Filius habentur pro una persona; nam distinguendum inter negotia publica et privata. Für die Wittwen, Pupillen und Minores geben ihre Tutores und Curatores das Votum, von welchen der Syndicus hernachmals bey seiner Legitimation gedenken muß. Mit dem Syndikat müssen zugleich die vormundschaftlichen Bevollmächtigungen vorgelegt werden. Man hat hierbey darauf zu sehen, ob die Collegia *ordinata* oder *inordinata* sind. Ordinata heissen diejenigen, die ein Siegel haben, z. B. Städte und Facultäten, dergleichen Collegia können geschwind einen Syndicum constituiren, weil sie nur ihr Siegel aufdrücken dürfen. Anders verhält es sich bey den Collegiis inordinatis, die kein Siegel haben, die können dem Syndicus sein Mandatum nicht anders ausfertigen, als entweder durch Unterschrift, oder sie müssen den Syndicus gerichtlich constituiren lassen. Wenn ein Domkapitel einen Syndicus constituirt, so ist genug, wenn man das Capitularsiegel darauf drücket. Wenn aber eine Dorfschaft einen setzt, welche kein ordentliches Insiegel führt, so muß das Syndicat von allen unterschrieben und besiegelt werden. Nun können nicht allezeit alle schreiben, z. B. Bauren, daher bleibt nur dieses noch übrig, was auch heut zu Tage das gebräuchlichste ist, daß wenn ganze Universitates, z. B. ganze Dorfschaften verklagt werden oder andere verklagen

wollen,

wollen, und dazu Syndicos nöthig haben, alsdenn der Syndicus gerichtlich constituirt wird, da denn alles ad Acta registrirt wird, und Constitutio hujus Syndici so wenig in Zweifel gezogen werden kann, als wenn alle unterschrieben hätten. Schlüßlich ist zu bemerken, daß wenn auch gleich der größere Theil der Aufsteller verstorben ist, das Syndikat deswegen doch nicht erlischt, da die Universität auch durch Einen erhalten wird, und man von den Successoren nicht sagen kann, daß sie eine neue Universität constituiren, sondern solche nur fortsetzen. Z. Ex. die Schneidergilde hat einen Syndicus constituirt, es sterben fast zwey Drittel von den ältesten Meistern, so daß lauter junge Meister nunmehr vorhanden sind, muß da der Syndicus ein neues Instrument oder Syndicat haben? Antw. Nein, denn sie machen keine neue Zunft aus, sondern treten nur der schon vorhandenen bey. Lauterbachs Diss. de Syndicis. Heut zu Tage werden die Syndici an manchen Orten Consulenten genannt. Das ist von solchen zu verstehen, welche, wie die Procuratoren, in publicis Judiciis nomine einer Communität erscheinen. Man kann bey dieser Materie den Losäus de Vniversitatibus, Bruning de variis Vniversitatum speciebus et Juribus gar wohl gebrauchen.

Viertes Buch.

Tit. IV.

De

Judice ejusque Jurisdictione.

§. 1.

Bey den Römern war ein besonderer modus procedendi. Der Prätor hatte noch einen Judicem pedaneum, der ein privatus war, dem er notionem, d. i. die Cognition oder Untersuchung in Sachen übertrug, wo kein Verzug, periculum in mora, war. Dieser aber hatte keine Befugnis zu entscheiden, noch die Vollstreckung, denn die war wichtig, und reservirte sich also dieselbe der Prätor selbst. Notio bestund in der Untersuchung der Wahrheit einer Thatsache. Der Prätor schrieb hernach dem Pedaneo die Formel vor, wornach er das Urtheil einrichten mußte. Der französische Jurist Barnab. Brisson hat dergleichen Formeln in Tr. de Formulis et solennibus Populi Romani verbis. Was causas betraf, wo periculum in mora

war, die *extraordinariae cognitionis* hiessen, z. B. wenn ein Minor restitutionem I. I. suchte, die zog der Prätor gleich selbst vor sich, und überließ sie nicht dem Judici pedaneo. Dieser Unterschied fällt heut zu Tage weg, und ist dadurch viel bey uns ausser Gebrauch gekommen, was sonst bey den Römern gebräuchlich war, und den Unterschied inter Judicem pedaneum et Praetorem supponirte. Denn heut zu Tage verrichtet der Magistrat oder Judex selbst, was ehemals Judex pedaneus vollzog.

§. 2.

Nachdem Jurisdictio, wie wir oben gesehen, potestas cognoscendi et statuendi de quavis causa ist, so kommen dabey zwey Extrema vor, 1) Cognitio, die Sache zu untersuchen, 2) statuendi facultas, die Sache zu verabschieden, welche beyde vom Imperio unterschieden, als welches die Vollstreckungsgewalt ist. Heut zu Tage steht dem, der die Jurisdiction hat, gemeiniglich auch das Imperium zu.

§. 3.

Daß einige Causae den Judicibus vi Officii, andere aber extra Ordinem oder per specialem Concessionem zugestanden, kam bey den Römern von ihrem engen Begriff von der Jurisdiction her. Denn sie hatten zur Jurisdiction bloß die Streithändel gezählt, wodurch es geschehen, daß sie dem, welchem sie die Jurisdiction überlassen hatten, andere Actus, als die Confirmationis gratia vorgiengen, nicht überliessen. Z. Ex. die Adoptionem konnte derjenige, der die Jurisdiction zu verwalten bestellt war, nicht vor sich gehen lassen, sondern dazu war Specialis Legis Concessio nöthig, wenn vor einem Judice die Adoptio sollte geschehen können, daß also Jurisdictio ordinaria war, die kraft obrigkeitlichen Amts exercirt wurde. Wie man aber per Jurisdictionem ordinariam solche Actus verstund, die vom Richteramt nicht separirt werden konnten, z. B. citiren, Zeugen abhören, so gehörten im Gegentheil alle Actus, die sich vom Richteramt gar wohl separiren ließen, ad extraordinariam. Es konnte z. Ex. einer einen Richter abgeben, ohne daß er Tutores setzen, emancipiren konnte, sondern dieses mußte ihm aufgetragen werden. So war es noch vielmehr bey Criminalibus. Es war die Jurisdictio ordinaria nur in civilibus Causis eingeräumt, in Criminalibus aber, wo es zumal auf Leib und Leben gieng, da behielt sich die Untersuch- und Entscheidung das Volk selbst vor, indem ja einem kein grösserer Schaden widerfahren kann, als der ihm an Leib und Leben zugefügt wird. Dieses wollte das Volk

niemand

niemand anvertrauen, sondern reservirte es sich selbst, oder räumte es nicht anders jemand ein, als ex speciali Concessione, zu dem es nämlich ein sonderbares Vertrauen hatte, z. B. wie zu dem Praefecto Vrbis, wie denn ex Institutionibus bekannt, daß ad Praefectum Vrbis die Verbrecher zur Bestrafung remittirt worden. Wenn sie gleich straffällig erkannt worden, so könnte doch derjenige, der die bloße Cognitionem in causis civilibus erhalten hatte, nicht auch in Criminalibus erkennen. Das ist heut zu Tage geändert, dergestalt, daß bey uns die Jurisdictio auch auf die Actus geht, welche bloß der richterlichen Auctorität benöthiget sind, um sie vor allen Einreden, denen sie sonst bloßgestellt wären, zu sichern. Daher ist oben schon bey der Tutoris datione vorgekommen, daß, obgleich selbige ehmals von keinem Richter, als der in specie dazu die Concession lege speciali erhalten, geschehen konnte, jedoch solche heut zu Tage von einem jeden Judice competente Pupilli geschehen kann, da die Jurisdictio bey uns weitläuftiger betrachtet wird, und nicht nur auf bloße Streithändel geht. Dies aber ist heut zu Tage noch, daß, obgleich einige auctoritatem publicam erhalten, de privatis, ac civilibus, iisque contentiosis causis zu sprechen, sie doch nicht de criminalibus sprechen können, mithin in so weit doch noch der Unterschied inter Jurisdictionem ordinariam, quae jure Magistratus competit, et extraordinariam statt hat, und zwar quoad criminalia, wie bey den Römern, da die Criminalia quibusdam Magistratibus vel in totum, vel in tantum zugestanden waren.

§. 4.

Die Jurisdictio wird ferner in *propriam* und *mandatam* eingetheilet. *Propria* Jurisdictio heißt hier diejenige, welche jemand vermöge eigener Befugnis besitzt, z. B. der Magistrat, die Erbgerichtsherren, die Edelleute exerciren ihre Jurisdiction, womit sie belehnt sind, jure proprio, vermöge der Belehnung, die ihnen ertheilt ist, mithin nomine proprio, und nicht nomine alterius. Hingegen halten sie ihre Gerichtsverwalter, welche Jurisdictionem mandatam haben, daß diese also diejenige ist, die man in eines andern Namen ausübt. Daher da der propriae jurisdictioni entgegengesetzt wird jurisdictio mandata, so heißt diese ea, quae exercetur nomine ejus, qui propriam habet, z. B. der Edelmann hat jurisdictionem propriam, kann sie aber nicht selbst verwalten, sein Gerichtsverwalter hingegen hat jurisdictionem mandatam, d. i. die, quam Judex ordinarius alteri mandat. Bey den Römern konnte regulariter Magistratus einem andern die Jurisdiction zu verwalten nicht auftragen, wo es nicht Magistratus majores waren. Die jurisdictio propria heißt bisweilen auch principalis, wenn man sie unmittel-

bar vom Fürsten erhalten, wie z. Ex. ein Amtmann, ein Richter. Non propria also wird minus principalis genannt, wenn man sie von einem privato, z. B. einem Edelmann erhalten. Es ist aber mandata jurisdictio mit der *Delegata* mit Stryck und andern nicht zu vermengen. Denn jene wird vermöge des Mandati, diese vermöge der besondern Concession ausgeübt, diese ist eben daher eine Jurisdictio propria und daher von der des Delegantis verschieden, jene aber ist keine eigentliche Jurisdictio, sondern eine blose Ausübung der einem andern zuständigen Gerichtsbarkeit. Commissarius und Delegatus differiren auch. Ein Commissarius ist nur da, um die Sache in der Güte zu schlichten, will es sich nicht thun lassen, so berichtet er ad Principem, hingegen der Delegatus erkennt durch einen Ausspruch in der Sache. Von einem Gerichtsverwalter kann nicht an seinen Edelmann, wohl aber vom Delegato ad Delegantem appellirt werden. In jenem Fall ist nämlich Tribunal mandantis et mandatarii einerley, in diesem nicht.

§. 5.

Man macht auch einen Unterschied inter Jurisdictionem ordinariam et prorogatam. Da heißt Jurisdictio ordinaria, quae exercetur a Judice competente. Judex *competens* aber heißt derjenige, welcher an einem gewissen Ort, in einer gewissen Sache, oder über gewisse Personen die Jurisdiction erhalten hat, und die Jurisdiction, welche ihm eingeräumt worden, und von ihm exercirt wird, heißt ordinaria, weil man über den gebietet, so unter unserer Jurisdiction ist. Jurisdictio prorogata hingegen heißt, quae exercetur Jure a Judice incompetente, z. B. über Personen, die sonst unter seiner Jurisdiction nicht stehen. Sonst heißt es: judici incompetenti impune non paretur, oder wer einem Judici incompetenti nicht Folge leistet, der kann deswegen nicht bestraft werden. Eben deswegen heißt es im Begriff der Jurisdictionis prorogatae, daß der Judex incompetens bey ihr Jure die Jurisdiction exercire. Daher in ihm Jurisdictio erfordert wird, die aber per prorogationem über ihre Gränzen ausgedehnt werden kann. Sonst gehet sie auf gewisse Personen nicht, wohingegen sie nun per prorogationem auf solche Personen extendirt wird. Z. B. ein Geistlicher steht sonst unter dem Consistorio, wenn er nun in Schuldsachen auf sein Forum, oder ein Student in eben solchen Sachen auf sein Forum, so er bey der Universität hat, renunciirt, so sagt man, es werde alsdenn dadurch die Jurisdictio prorogirt, denn da kann nun über ihn die Jurisdiction ein Judex exerciren, der sonst in Ansehung seiner incompetens ist. Sonst ist ausser dem Universitätsgericht ein jeder Judex intuitu Studiosi incompetens, und so auch ein jeder

Judex intuitu Ministri Ecclesiae vel Clerici ausser dem Consistorio oder Judicio Ecclesiastico. Nun fragt sichs aber freylich, ob und wann denn diese Prorogatio angehe? Antw. Bloß in dem Fall, da es auf eines sein einzelnes Recht ankommt, und nicht Jus tertii mit darunter versirt, vielweniger also, wenn das Publicum dabey interessirt seyn sollte. Diesemnach geht es nicht an, daß ein Geistlicher die Jurisdictionem alius Judicis, nempe secularis über sich prorogiren kann, so wenig als einer, der in Ansehung seiner Würde ein gewißes Forum erhalten hat. Denn dadurch schadet er seinem ganzen Stand, sobald aber einer dieses thut, stehts nicht mehr bey ihm, was er thun will, denn er muß entweder aufhören, ein Membrum Ordinis zu seyn, z. B. ein Professor, oder seinem Stande gemäß leben. Z. B. es liesse sich ein Professor zu Marburg vor dem Oberschultheiß ein, und der Oberschultheiß exequirte ihn, wie es denn post Sententiam dazu kommen kann, so wäre es ein Praejudicium und ein Schimpf für alle Professoren. In so weit also geht es nicht an, daß derjenige, der ein forum privilegiatum erhalten hat, die Jurisdiction eines andern Richters über sich prorogirt. Sonst aber geht es gar wohl an, daß, wer nicht in Rücksicht seiner Würde oder Amts ein gewisses Forum erhalten hat, die Jurisdiction im nämlichen Gebiet prorogirt, denn da gilt es gleich viel, vor was für einem Richter die Sache abgethan wird, da alle Jurisdictio a Domino territoriali abhängt, auch zu Gunst der Unterthanen zugleich mit die besondern Fora eingeführt worden sind, ein jeder aber seinem Vorzug entsagen kann. Für alles kann er nicht prorogiren, wohl aber in certa causa, z. B. in einer Schuldforderungssache.

§. 6.

Aus dem bereits angeführten versteht man nun gleich, daß die Jurisdictio contentiosa auch gegen der Parthien Willen über sie ausgeübt wird, denn sonst, wo sie nicht auch gegen ihren Willen ausgeübt werden könnte, z. B. wenn der Actor geklagt hat, und der Reus nicht ad litis contestationem gezwungen werden könnte, so würde dem Actori laeso ja nicht geholfen werden. Allein bey der Voluntaria ist es anders, woher sie eben auch den Namen erhalten hat, diese wird auf Verlangen der Ansuchenden über sie ausgeübt. Z. B. wenn einer einen andern adoptirt, so ist kein Streit vorhanden, als wie bey der contentiosa Jurisdictione, weshalb es lediglich von den Interessenten, von dem Adoptante und dem Adoptivo dependirt, ob sie den Actum vorgehen lassen wollen, und also der Judex seine Jurisdiction interponendo suam Auctoritatem exerciren solle, ausgenommen, wo Causae Cognitio nöthig ist, wie bey der Arrogatione impuberis und sonst in andern Fällen. Denn da

kann

kann Causae Cognitio nicht geschehen, als vom Judice competente, wie denn auch kein Zwang statt finden kann, als vom Judice competente, um dessentwillen doch die Causae Cognitio, wenn was nachtheiliges wahrgenommen werden sollte, geschieht. Aus dieser Ursache bestimmt Struv die Negotia, in welchen auch geschehen kann, daß die Jurisdictio voluntaria nicht einem jeden Richter zustehe, da es sonst heißt, daß wer einen Actum Jurisdictionis voluntariae vorgehen lassen wolle, ihn vor einem jeden Richter vorgehen lassen könne. Z. B. wenn einer einem Geistlichen eine Hypothek constituiren will, der kann sie vor jedem Richter constituiren, denn da ist keine Causae Cognitio nöthig. Wo aber andere Actus vorgehen, wobey eben kein Streit ist, die aber Causae cognitionem erfordern, die müssen coram Judice competente vorgehen, z. B. Ernennung eines Vormunds. So auch, wo eine Veräusserung der Pupillarsachen geschieht, kann sie coram quocunque Judice nicht geschehen, sondern sie muß ad Judicem competentem gebracht werden. Denn niemals kann eine Causae Cognitio vorgenommen werden, als a Judice competente, und solchergestalt sieht man, daß, was die Doctores sonst sagen, actus voluntariae Jurisdictionis exerceri posse coram quocunque Judice, eine Regel ist, die viel Exceptiones leidet, welche aber alle wegfallen, wenn man setzt: ausser die Sache bedarf einer Untersuchung. In solchem Fall aber erfordern dergleichen Verhandlungen das, was Streithändel erfordern. Lauterbach de Jurisdictione voluntaria. Noch besser und brauchbarer sind Claproths *primae lineae Jurisprudentiae extrajudicialis.* Z. B. ein Testament zu insinuiren, kann in des Richters Hauß geschehen, so ein Exempel ist, daß Actus Jurisdictionis voluntariae auch in Loco extrajudiciali exercirt werden können. Hingegen Actus Jurisdictionis contentiosae, da zwey mit einander streiten, gehören alle nicht nur vor den rechten Richter, sondern sie müssen auch auf der Gerichtsstube, und nicht nur ins Richters Hauß vorgenommen werden.

§. 7.

Mixtum *Imperium* heißt die Gewalt, diejenigen, die der Gerichtsbarkeit sich entziehen wollen, zum Gehorsam zu bringen, mithin ist es nichts anders, als die Execution, auf teutsch der Gerichtszwang. Z. B. wenn Res judicata nicht befolgt werden will, so muß Executio geschehen. Nun ist es also leicht begreiflich, daß eine Jurisdictio ohne ein solches Mixtum Imperium unwürksam ist. Daher sagen die Juristen, eine Jurisdictio ohne eine Execution, oder ohne ein Mixtum Imperium sey anzusehen, als wie eine Glocke, die keinen Klöppel hat. Unterdessen folgt doch nicht, also muß derjenige, der

die

die Jurisdiction hat, auch deswegen die Execution haben, wie man solches auch in unserm Reiche sehen kann. Denn die Reichsgerichte haben die Execution nicht, ob sie gleich die Jurisdiction haben, sondern die Execution steht bey den Kreisen, das ist ein klares Exempel, daß Jurisdictio und Mixtum Imperium in Einer Person nicht neben einander seyn müssen, obgleich, wenn die Jurisdictio von einer andern Wirkung seyn soll, sie eine Execution erfordert. So haben auch Arbitri kein Mixtum Imperium, denn die Execution kann keiner anders, als durch einen Auftrag des Staats erhalten. Arbitri aber sind nicht Auctoritate Superioris constituirt. Wenn daher auch ihr Laudum, Ausspruch, kräftig werden soll, so muß die Execution bey dem Judice gesucht werden. Nun kann aber dieser Gerichtszwang auf vielerley Weise exercirt werden, denn es giebt der Zwangsmittel vielerley. Es gehören dahin die Geldbußen, die Auspfändung, Gefangensetzung ꝛc.

§. 8.

Dem Mixto Imperio wird das Merum Imperium entgegengesetzt. Es heißt solches die Gewalt, Strafen, besonders Leibes- und Lebensstrafen zu auferlegen. Deswegen heißt es auch sonst Jus Gladii, ob es zwar auch auf die Poenas Corporis afflictivas geht, und man daher auch im Teutschen sagt, daß das merum Imperium diejenige potestas sey, welche competirt, Crimina an Haut und Haar zu bestrafen, dergleichen Poenas aber zu dictiren, hat sich ehemals das Volk reservirt. Daher hieß es bey den Römern niemals Jurisdictio Criminalis. Bey uns aber nennen wir merum Imperium die Kriminalgerichte, die hohe, fraischliche Gerichtsbarkeit.

§. 9.

Wenn daher einer mit allen Gerichten belehnt ist, ist er auch mit dem Mero Imperio belehnt, gleichwie wenn einer mit der Jurisdictione belehnt ist, er auch potestatem hat, Vormünder zu setzen und Testamenta aufzunehmen, ob es schon nicht mit in dem Lehensbriefe enthalten ist, indem dasjenige, was die Römer von der Jurisdictione ausgeschlossen, bey uns doch dazu gehört.

§. 10.

Die Quelle aller Gerichtsbarkeit ist der Landesherr in seinem Lande, gleichwie der Kaiser im ganzen Reiche. Diejenigen, welche die Jurisdiction von ihm haben, heissen Judices, und sind daher von Arbitris unterschieden, die keine Jurisdiction haben, da sie solche von Privatleuten und aus ihrer Uebertragung nicht erhalten können. Nach unserer Verfassung klebt die Gerichtsbarkeit der

Person des Richters in seinem Distrikt an. Woraus dieses folget, daß ausser diesem Bezirke der Richter ein bloßer Privatmann ist, und keine Actus Jurisdictionales exerciren kann. Beller in Dissert. de expedit. Act. judicialium. Wer nun eine Jurisdiction prätendirt, muß sie beweisen, und ist zu beweisen des Fürsten Uebertragung, und zwar eine ausdrückliche, oder stillschweigende, d. i. durch unvordenklichen Besitz erlangte. Wenn es aber heißt, daß der Landsherr die Quelle aller Gerichtsbarkeit ist, so ist es so zu verstehen, daß sie aus dieser Quelle fließe und auch in dieselbe zurücklaufe, jenes durch die Uebertragung, dieses durch die Appellation. Sonst heißt es hier: Ob einer auch gleich im Besitze der Gerichtsbarkeit ist, so muß er doch dem Landesherrn den Rechtsgrund seines Besitzes anzeigen. Allein wenn einer per immemoriale tempus in possessione vel quasi Jurisdictionis gewesen, so ist für ihn Praesumtio, daß er sie rechtmäßiger Weise erlangt hat. Hieher gehöret Johann Wolfgang Textors zu Heidelberg gehaltene Dissertation de Possessorio Jurisdictionali.

§. 11.

Struv sagt, daß heut zu Tage die Jurisdictio in genere in sich potestatem de omnibus Causis civilibus et criminalibus Jus reddendi begreife. Allein dieses kann man so allgemein nicht sagen. Jus enim non redditur, si Jurisdictio exercetur circa Actus voluntarios, ausser wo streitig ist, ob sie gehörig vorgegangen ist oder nicht. Wenn eine Hypothek gerichtlich constituirt wird, quale Jus hic redditur? Das setzt allemal einen Streit voraus, hier aber ist kein Streit, wenn man eine Hypothek constituiren läßt, oder wenn ein Richter ein Testament aufnimmt. Gleichwohl aber exercirt er hiebey einen Actum Jurisdictionis, und also kann man zur Jurisdictione in genere nicht erfordern, ut Jus reddatur, sondern es ist genug, wenn die Gerichtsbarkeit bey vorkommenden Fällen, wäre es auch nur, einer Verhandlung obrigkeitliches Ansehen zu verschaffen, ausgeübt wird. Es ist dieses nur eine Art der Jurisdiction, nämlich Jurisdictio contentiosa. Es ist aber Jurisdictio ferner vel *universalis* vel *particularis*. Jene steht dem Richter über einen ganzen Bezirk und alle darinn vorkommende Sachen zu, diese hingegen beschränkt sich auf einen gewissen Ort oder Art der Geschäfte, sie heißt auch *circumsepta*, wovon Stryck eine besondere Dissertation geschrieben hat, auch die Zaungerichte, Pfahlgerichte, a sepibus, da einer Herr ist in seinen 4 Pfählen, binnen welcher die Jurisdiction gleichsam eingeschränkt ist. Gehet man aber heraus über die Hofthüre, so hat der Amtmann alsdann die Jurisdiction. Hingegen sind die Gebäude, welche durch eine Wand oder Mauer abgesondert sind, nicht ausgeschlossen. Zu der

ein-

eingeschränkten Gerichtsbarkeit gehört z. B. die förstliche, oder in Ansehung der Forst- und Jagdverbrechen. Ferner giebts Jurisdictionem metallicam, Berggerichte, Handelsgerichte, wie z. B. in Leipzig, wo der Kaufleute Händel abgethan werden. Die Jurisdictio wird ferner in *personalem* und *patrimonialem* eingetheilt, denn der Landesherr kann die Jurisdiction in seinem Territorio selbst nicht allenthalben verwalten, sondern er muß sie andern übertragen. Nun concedirt er sie entweder einem wegen seines Amts, oder als ein eigentliches Recht. In dem erstern Falle entsteht Jurisdictio personalis, die nämlich dem Acquirenti blos kraft seines Amts, das er führt, zusteht, woher er auch Officialis Principis genannt wird. Diese Jurisdictio personalis dauert also auch nicht länger, als das Amt dauert. Wenn daher der Officialis abgesetzt wird, so cessirt auch die Jurisdictio, stirbt er, so cessirt ebenmäßig die Jurisdictio, und kann auf die Erben nicht übergehen. Denn sie hängt blos an des Acquīrentis Person. Sie wird auch *administratoria* genennet. Hingegen patrimonialis heißt diejenige Jurisdictio, welche ohne Rücksicht eines Amts einem verliehen, oder auch mit den Gütern verknüpft ist, die Gerichte bey meinem Vatergute oder Herrschaft, die in Patrimonio Statuum und Vasallorum sind, und deßwegen nicht nur auf die Erben, sondern auch Successores singulares, ja auf einen jeden Besitzer der Güter gehen, er mag ein Literatus seyn oder nicht, Masculus oder Foemina. Eben daher wird bey der Jurisdictione Patrimoniali auch zugleich demjenigen, dem sie concedirt worden, wieder erlaubt, einen Gerichtsverwalter zu halten, weil nicht immer die Besitzer dieser Güter verstehen, was ad exercendam Jurisdictionem erfordert wird. Und wenn ein Edelmann sein Lehengut verkauft, so kriegt der Käufer diese Jurisdiction mit. Diese Jurisdictio patrimonialis kann auch blos persönlich, oder auf eine Person ohne Rücksicht der Güter eingeschränkt seyn. Hievon sind apanagirte Herren und auch Akademien als personae morales Beyspiele. Von dieser Jurisdictione Patrimoniali hat Heineccius eine ganze Dissertation geschrieben, die in seinen Dissertationen zu finden ist sub Tit. de Origine et Indole Jurisdictionis Patrimonialis. Böhmer in einer Dissertation de Differentiis inter homines proprios Germanorum et Servos Romanorum hat bereits den Originem hujus Iurisdictionis Patrimonialis angegeben, wie nämlich dieselbe von der potestate Dominica, die ehemals den Herren über ihre Bauern zugestanden, herrühre, denn daraus ist auch das Ius vitae et necis geflossen. Wie nun die Bauern frey wurden, so hat sich das nicht mehr geschickt, solchergestalt aber wäre in der That das Ius vitae et necis und die Iurisdictio überhaupt von ihnen weggefallen. Damit sie also dabey verbleiben möchten, liessen sie sich in dem Lehenbriefe auch allemal mit der Iurisdictione belehnen, und

von der Zeit an hat man den Namen Iuris vitae et necis fahren lassen, und den Namen der Iurisdictionis gebraucht, weil man nämlich das Ius coercendi delicta *ex Concessione Superioris* erhalten hatte. (Folglich ist auch hier Concessio principis der eigentliche Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit, nicht die potestas dominica. A.) Aber eben deswegen ist geschehen, daß die Iurisdictio mit auf die Erben extendirt worden, gleichwie vorher die potestas Dominica auch auf die Erben gieng. Und eben daher kommt es, daß ein solcher Besitzer selbst in propria causa vor seinen Gerichten von seinen Unterthanen belangt werden muß, welches denn Strycken Gelegenheit gegeben, eine ganze Dissertation zu schreiben de Domino conveniendo in proprio Iudicio in propria causa. Man muß aber hier wohl merken, daß diese Patrimonialgerichtsbarkeit nicht immer Lehen, sondern auch oft Eigenthum ist. Man kann hiebey conferiren Schulzen de Iurisdictione personali, Gramsen de Foemina Iurisdictionem patrimonialem habente.

§. 12.

Die Iurisdictio wird weiter in *Inferiorem* et *Superiorem* eingetheilt. Auf deutsch heißt Iurisdictio Inferior die Unter- oder Niedergerichte, hingegen Superior Iurisdictio die Obergerichte, Halsgerichte, peinliche Gerichte. Man nennt sonst auch die Inferiorem *Bassam*, die Superiorem *Altam*, von welcher Iurisdictione Alta et Bassa Engelbrecht eine besondere Dissertation geschrieben. Es besteht nun aber die Iurisdictio Inferior in derjenigen, welche auf bürgerliche oder solche Sachen, da auf Privatgenugthuung geklagt wird, und geringe Delicta geht. Es heissen aber geringe Delicta diejenigen, welche nicht einmal Verweisung, sondern nur carcerem oder mulctam nach sich ziehen, z. B. schlechte Hurerey. Iurisdictio Superior hingegen geht auf Sachen, die Haut und Haare betreffen, oder auf die öffentlichen Strafen jeder Art. Man kann hiebey Wehner in Observat. pract. voce Zent gar wohl gebrauchen. Nun sagt man zwar, wenn einem die Gerichtsbarkeit schlechthin verliehen sey, verstehe es sich nur von der Niedergerichtsbarkeit. Man muß aber dabey darauf sehen, ob nicht schon vorhin die hohe Gerichtsbarkeit bey den Gütern gewesen, oder in der Verleihung die Clausel gestanden ist: mit allen und jeden Gerichten. Und doch wird auch unter diesen die geistliche Gerichtsbarkeit nicht verstanden, wo nicht einer belehnt ist mit den geistlichen und weltlichen Gerichten, unter welchem Ausdrucke auch das Recht, ein untergeordnetes Consistorium zu halten, verstanden ist.

Die Gerichtsbarkeit nun wird einem verliehen 1) ausschliessungsweise, privative, da der Landesherr sich aller, ja selbst der Appellationsgerichtsbarkeit begiebt. 2) Cumulative, da der Landesherr mit dem Gerichtsherrn zugleich die Gerichtsbarkeit ausübt 3) Subordinate, untergeordnet, da der Gerichtsherr zwar allein die Gerichtsbarkeit ausübt, allein von selbigem appellirt werden kann. Dieses letztere ist die Regel, beyde erstere Fälle sind die Ausnahmen, die ohne deutliche Verleihung nicht vermuthet werden. Selbst unter der Iurisdictione omnimode libera ist blos eine subordinata, als die gewöhnliche, zu verstehen. Im Herzogthume Zelle ist durch ein Rescript versehen, daß unter Gerichten nur Bassa zu verstehen ist.

§. 13.

Struv sagt daher gar wohl, daß aus den Lehenbriefen und andern Verleihungsurkunden man sich ersehen müsse, was für eine Art der Gerichtsbarkeit einem zugestanden ist. Denn die Iurisdictio dependirt a Concessione Superioris, also muß sie auch nach der Verleihung beurtheilt werden. Die tenor Concessionis aber erhellet aus den Lehensbriefen oder andern Urkunden, diese müssen demnach zuförderst eingesehen werden, wenn Streit über die Jurisdiction entsteht. Nun ist überhaupt zu merken, daß im Zweifel allemal minimum Concessum zu präsumiren ist, denn es kommt hier auf die Concessionem Regalis an, allemal aber, wo es auf Concessionem Regalium ankommt, muß man in casu dubio minimum Concessum präsumiren. Und überhaupt, wo eine Concessio eine Renunciation von Seiten des Landesherrn mit sich bringt, da muß allemal eine stricta Interpretatio gemacht werden. Nun hält aber Concessio Iurisdictionis eine Renunciationem von Seiten des Principis in sich, also muß sie allemal stricte interpretirt werden. Nun wird manchmal in den Lehensbriefen das Vocabulum Iurisdictionis unbestimmt angetroffen, oder auf teutsch blos durch die Gerichtsbarkeiten, manchmal auch: die Gerichte sollen einem concedirt seyn, ausgedrückt. Da fragt sichs denn, was für eine Iurisdictio in dem Falle für verliehen zu halten? Antw. Wenn in dem Lehensbriefe steht, es soll einer belehnt seyn mit allen Gerichten, so ist schon oben bemerkt worden: Wer sagt alles, schließt nichts aus, also excludirt er Iurisdictionem Superiorem nicht, denn unter allen Gerichten sind sowohl die Nieder- als Obergerichte begriffen. Hingegen wenn er nur sagt: er belehne einen mit der Gerichtsbarkeit, so kann man darunter weiter nichts, als Iurisdictionem Inferiorem verstehen, denn es muß etwas anders seyn, die Formeln differiren. Es sind viele Städte und Dörfer, wo die Iurisdictio getheilt ist, dergestalt, daß einer Iurisdictionem Altam, der Andre Bassam hat, mithin kann man von ei-

ner Art der Gerichtsbarkeit auf die andere nicht folgern. Hiebey kann man noch wohl den Baurmeister de Iurisdictione gebrauchen, da er sonst sehr römische Principia hat, und doch diversissima forma Iurisdictionis Germanicae a Romana ist, wie es allein daraus ersichtlich ist, daß an den meisten Orten Iurisdictio patrimonialis und haereditaria ist, die den Römern unbekannt war. Thomasius in Dissert. de Iurisdictione et Magistratuum differentia secundum mores Germanorum hat es klar dargethan. Freylich aber, wenn man alle Chikanen vermeiden will, muß man den Lehensbrief genau einrichten, und sowohl die Ober- als Niedergerichte specificiren. Alsdenn kann man nicht zweifeln, daß einem auch die Iurisdictio Superior mit der Inferiore zugleich eingeräumt worden ist.

§. 14.

Derjenige Richter, dem in einer gewissen Sache, oder auch über gewisse Personen ordentlicher Weise die Iurisdictio zusteht, heißt Iudex *ordinarius*. So ist die Universität Iudex ordinarius sowohl in Ansehung der Professorum, als auch der Studiosorum, denn wenn es bey dem, was ordentlich geschieht, verbleibt, so ist niemand, der eine Jurisdiction über die Professores und Studiosos zu exerciren hat, als die Universität selbst. Man setze aber, daß eine Causa vorkommt, die einen Professorem concernirt, und eine Commission niedergesetzt wird, so sind diese Commissarii Iudices extraordinarii. Derjenige also, welcher in einer Sache oder auch über einige Personen extra Ordinem, per modum Exceptionis nämlich, eine Jurisdiction erhält, heißt Commissarius oder Iudex delegatus, dessen Jurisdiction sich über die comittirte Sache nicht erstreckt. Er hat doch aber darinnen eine Jurisdiction, die der Arbiter nicht hat. Wie weit sich nun solche Iurisdictio oder Gewalt erstrecke, das muß man aus dem Commissorio ersehen. Daher muß allemal das Commissorium vorgelesen oder communicirt werden, damit man sieht, wie weit die Commission geht. Was sodann ein Commissarius über sein Commissorium thut, das ist alles null, denn das thut er alles für sich, und nicht im Namen des Principis, oder überhaupt im Namen des Committentis. Von diesen Commissariis hat Ruhland einen ganzen Folianten geschrieben, welches Buch aber auch in andern Materiis wohl zu gebrauchen ist, da ein Cumulus darinn von vielen Materien enthalten, die sich durch das ganze Jus durch diffundiren, weshalb er fast in allen Materiis Iuris allegirt wird, z. B. in materia de Inspectione Archivi, denn in die Materiam de Commissariis laufen viele andere Materien mit ein.

§. 15.

§. 15.

Schiedsrichter, Arbitri, heissen diejenigen, welchen durch der streitenden Theile Einverständnis die Entscheidung einer gewissen Sache eingeräumt worden, jedoch unter der Bedingung, daß sie die Entscheidung gerichtlicher Ordnung nach ertheilen. Denn manchmal will man die Sache an den Iudicem ordinarium, vor den sonst dieselbe gehört, nicht gelangen lassen, sondern man setzt auf diesen oder jenen wegen seiner billigen Denkungsart, die man bey ihm wahrnimmt, ein sonderbares Vertrauen, wenigstens ein größeres, als auf seinen Iudicem ordinarium. Daher wird man beyderseits einig, daß er die Sache abthun solle, weil er den Proceß versteht, und nicht so partheyisch dabey ist, mithin zu präsumiren ist, daß er die Sache geschwinder, als der Iudex ordinarius abthun werde. Der Schiedsrichter ist vom Arbitratore verschieden. Ich und Mevius bekommen Streit zusammen wegen eines Legati. Wir wollen, Feindschaft zu vermeiden, keinen weitläuftigen Proceß anfangen, werden deßhalb eins, wir wollen die Sache dem Dr. Titius übergeben, um zu sehen, welcher Recht habe, und nach seinem Ausspruch wollen wir es gut seyn lassen. Da heißt Dr. Titius Arbiter. Arbitrator heißt derjenige, welchem der Ausspruch von den Partheyen unter der Bedingung anvertraut wird, daß er ex aequo et bono, nach der Billigkeit, und nicht nach den processualischen Weitläuftigkeiten durch gütliche Wege oder Bestimmung die Sache zu schlichten suchen solle. Ich will z. B. dem Javolenus, meinem sehr guten Freunde, mein Landgut verpachten. Weil ich die Sache aber nicht verstehe, so werden wir eins, wir wollen den Ausspruch wegen der Pachtgelder den Amtmann thun lassen, da heißt derselbe Arbitrator. Weil nun der Arbiter proceßmäßig verfahren muß, der Arbitrator aber nicht, so heißt auch der Arbitrator eigentlich nur ein Schiedsmann. Ob nun der Arbiter gleich eigentlich keine Jurisdiction hat, da fons Iurisdictionis der Landesherr ist, er aber nicht a Superiore, sondern a partibus litigantibus constituirt ist, die keinem eine Iurisdictionem einräumen können, so muß doch die Conventio, wodurch der Arbiter constituirt worden, und welche *Compromissum* heißt, gehalten werden. Von diesem Compromisso heißt der Arbiter *Compromissarius*. Man sagt auch, wir wollen auf euch, als einen Arbitrum compromittiren. Da nun das Compromiß ein Vertrag ist, so muß auch von solchem gelten, was bey den Verträgen Rechtens ist. Da dieser Arbiter keine Jurisdiction hat, kraft deren er die causam litigiosam decidiren kann, so folgt daher, daß seine Decisio nicht Sententia, sondern *Laudum*, Schiedsspruch, heißt. Wenn ein Kaufmann zu einem Arbitro in Kaufmannshändeln, welches gemeiniglich ein anderer Kaufmann ist, ernannt wird,

um den Ausspruch zu thun, so heißt dieser Ausspruch im Kaufmannsstyle *Parere*. Auch bey den Arbitris, wenn ihrer viele constituirt sind, gehen die mehrern Stimmen den wenigern vor und entscheiden. Und wenn 2 oder 3 Arbitri nicht einig werden können, so erwählt der Richter einen Tertium, der den Ausspruch unter diesen machen muß, und dieser heißt Obmann, auf lateinisch *Super-Arbiter*. Weil nun dieses Laudum ebenfalls gehalten werden muß, so kann man nachher den Iudicem bitten, daß wenn die Parthien ihm kein Genügen leisten wollen, er mit der Execution zufahren möge, weil er die Execution ex Concessione Superioris hat. Solchemnach hängt die ganze potestas Arbitrorum von der Uebertragung ab. Man kann daher in der Conventione entweder potestatem appellandi ausschließen oder zulassen, wie man dieses auch noch bey den Austrägen unter den Reichsständen findet. Denn da sind auch, besonders bey Familienausträgen, die Statuta und Conventiones manchmal so, daß keine Appellatio gegen diese Austräge statt findet, damit nämlich die Sache desto ehender ihr Ende gewinnen und durch die Appellationes nicht herumgezogen werden möge. Sonst kann nach dem römischen Rechte das Compromiß als eine Gattung des Vergleichs wegen der Verletzung über die Hälfte nicht gebrochen werden. Wenn hingegen eine gewisse Geldstrafe auf die Festhaltung gesetzt worden ist, so kann man nach Bezahlung derselben abgehen, da hierinn eine alternative Verbindlichkeit liegt. Des Arbitratoris Ausspruch darf man nicht einmal gelten lassen, sondern man kann davon abgehen, wenn er einem nicht ansteht, denn man präsupponirt, daß er ex aequo et bono sprechen werde. Wenn er also gegen alles Recht und Billigkeit sprechen sollte, ist man nicht daran gebunden. Hingegen verspricht man beym Compromiß sich zu beruhigen. Weil demnach alles bey Arbitris auf conventionem partium ankommt, so kann man auch in Iudicem ordinarium compromittiren. Ich und Tirius haben einen Streit, wir gehen zum Richter in sein Haus, welcher unser Gevatter ist, und bitten ihn, die Sache in seinen vier Wänden zu entscheiden. Hier ist der Richter nicht als Richter, sondern als Arbiter zu betrachten. **Lauterbachs** Dissert. de Arbitris compromissariis. Beyde sind a Commissario hauptsächlich dadurch distinguirt, daß die Commissarii Iurisdictionem haben. Unterdessen haben doch auch die Commissarii nicht allemal omnem Iurisdictionem. Manchmal haben sie nur nudam notionem, die bloße Untersuchung, manchmal die völlige Gewalt, im Namen des Staats die Sache zu entscheiden, ja auch zu vollstrecken. Das hängt aber von dem Willen des Principis oder des Judicis ordinarii ab, und muß nach dem Commissorio beurtheilt werden. Manchmal wird ihnen auch zugleich cum Iurisdictione die Stelle des Actuars aufgetragen, welches an sich nichts wi-

versprechendes ist, da eine Person gar wohl zwey Officia verwalten kann. Denn Iudicis und Actuarii munera sind nicht widersprechend, sondern blos untergeordnet, und können also von Einer Person ohne Widerrede ausgeübt werden.

Viertes Buch.

Tit. V.

De Foro competente.

§. 1.

Forum competens heißt dasjenige Gericht, welches einer sowohl in Ansehung seiner Person, als seiner Sachen anerkennen muß. Denn man hat bey der Frage de Foro competente nicht nur auf die Personen, sondern auch auf die Qualitatem causae zu sehen, da es causas giebt, die ein speciale Forum erhalten, wohin die causae ecclesiasticae gehören, und es ist verbothen, daß diese Causae vor einem andern Richter tractirt werden, daher ein solches Forum competens cum alio elective nicht concurrirt, so wie sonst das Forum, quod ratione Personae competens est, mit andern Foris concurriren kann. Es heißt nun Forum hier so viel als Iudicium, das Iudicium aber ist ein Exercitium Iurisdictionis, wenn es nicht pro loco genommen wird. Daher muß auch Competentia Fori nach der Jurisdiction beurtheilt werden, und auf so vielerley Weise es angeht, daß einer unter die Jurisdiction eines Richters kommt, auf so vielerley Weise erhält einer auch ein Forum. Man kann hiebey nachschlagen Caspar Zieglers Dissert. de competente Iudice et Foro. Ueberhaupt erhält einer alsdann ein Forum, wo er gezwungen werden kann, denn eine Jurisdiction ohne den Gerichtszwang ist nichts, wie oben gezeigt worden ist. Deßwegen kann man demnach wohl sagen, Forum competens sey, wo der Beklagte mit Recht belangt und zum Antworten gezwungen werden kann. Nun geht aber solches in vielen Fällen an. Hauptsächlich kann einer an dem Orte gezwungen werden, wo er seiner Person nach unter der Jurisdiction eines Richters steht, denn da finden ja Zwangsmittel gegen seine Person statt. Daraus entsteht nun die Eintheilung des Fori in *commune* und *privilegiatum*, und heißt Forum commune dasjenige, das einer mit

allen übrigen Unterthanen gemein hat, und also vor der Ortsobrigkeit erhält. Es giebt aber auch Fora, die einer ex singulari Privilegio erhält, wodurch er von der Iurisdictione ordinaria loci eximirt ist, welches denn vielerley rationes hat, z. B. persönliche Würde oder Amt. Iure communi kann einer auf vielerley Weise eine Forum erhalten, als 1) Ratione originis, denn der Obrigkeit an dem Orte, wo man gebohren ist und seine Eltern wohnen oder gewohnt haben, wird man zugleich um deßwillen mit unterworfen, weil man mit den Eltern als Eine Person zu betrachten ist oder zu ihrer Familie gehört. Unter was für einem Foro nun der Paterfamilias steht, unter dem steht auch seine Familie. Man kann daher sagen, Forum originis sey da, wo jemands Vater zur Zeit Jenes ehelichen Geburt Bürger gewesen ist. Deßwegen wird das Forum in voluntarium und necessarium eingetheilt, denn das erhält einer auch wider seinen Willen, da einer das andere volens erhalten hat, weßhalben jenes auch adscritititium heißt, dahin sich einer freywillig gewendet hat. Strauchs Dissert. de Foro competente.

§. 2.

2) Forum *Domicilii* heißt, welches einer an dem Orte erhält, wo er seinen Wohnsitz hat, denn da ist er auch der Jurisdiction des Richters unterworfen. Es fragt sich demnach, was *Domicilium* ist, oder wenn man sagt, wo einer sein Domicilium habe oder domicilirt sey? Antw. An dem Orte, wo er wohnt, in der Absicht aber, beständig da zu verbleiben, hat er sein Domicilium, daß also der Besitz der Güter ad Domicilium allein nicht hinreicht, wenn auch einer an einem Orte die meisten Güter hat, wie auch aus dem L. 17 §. 13 de municip deutlich abzunehmen ist, quod sola possessio Domicilium non constituat. Denn deswegen hat einer noch nicht die Absicht, beständig da zu bleiben, und noch vielweniger wohnt er da. Solchemnach wird zweyerley ad Domicilium erfordert, 1) Aufenthalt oder Wohnung, 2) die Absicht, beständig daselbst zu bleiben, ausser es rufe ihn etwas ab. Es kann daher einer in Hessen wohnen, hingegen im Pfälzischen, im Braunfelsischen ꝛc. Güter haben, deswegen ist er doch nicht domicilirt, wenn er auch lange dort wohnen sollte, sondern es fundiren die Res alibi sitae nur ein Forum *Rei sitae.* Es heißt daher auch: Nullum domicilium potest esse sine domo, bene tamen domus sine Domicilio. Es kann demnach das Forum originis durch das Forum Domicilii mutirt werden, welche Mutatio aber nicht zu präsumiren ist, sondern erwiesen werden muß. So lange sie nicht erwiesen ist, daß nämlich einer sein Domicilium anderswo angelegt habe, so präsumirt man, daß er es da habe, wo er gebohren ist und seine Eltern wohnen, da hat man auch gewöhnlich

lich sein Domicilium. Deswegen giebt es auch einige, die das Forum Originis für eine Art des Fori Domicilii halten. Unterdessen differirt es doch vom Foro Domicilii, denn es kann zwar in Foro Originis auch anderswo zugleich das Forum Domicilii seyn, allein das Forum Domicilii kann auch seyn, und das Forum Domicilii selbst ist vielfältig voluntarium. Denn das Domicilium kann einer ändern, wenn es nur ohne Schaden des Herrn, wo er domicilirt gewesen, geschieht. Eben deßwegen geht es nicht an, daß die Unterthanen Haufenweise auf einmal wegziehen, denn dadurch würde das Land dem Herrn wüste, und er kann nicht gleich wieder so viele Leute hinein bekommen die es wieder bebauen. Sonst aber, wenn es ohne des Landesherrn Nachtheil geschieht, kann man einem nicht verwehren, seinen Wohnort zu verändern, er muß doch aber für das, was er aus dem Lande gezogen, einen gewissen Censum abtragen, welcher Census emigrationis Nachsteuer oder Abzug genennt wird, dem sich keiner entziehen kann, der nicht ein besonderes Privilegium erhalten hat, wodurch er davon befreyt worden ist.

§. 3.

Es giebt auch ein Forum Domicilii necessarium in Ansehung der Frau. Denn die Frau und der Mann werden als Eine Person betrachtet, und gehört die Frau auch mit zur Familie. Wo aber der Paterfamilias sein Forum hat, da hat es die ganze Familie, folglich auch die Frau, und also ist auf ihrer Seite das Forum Domicilii necessarium, weil sie dem Mann folgen muß. Eben so ist auch das Forum Domicilii necessarium auf Seiten der Erben, denn so lange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, sondern liegt, haben sie auch ihr Forum da, wo der Verstorbene gewohnt hat. Und so verhält sichs denn überhaupt bey der Familie, mithin auch bey den Kindern. Wo der Vater sein Forum Domicilii hat, da müssen auch die Kinder das Forum erkennen. Z. B. Mein Vater hat in Leipzig gewohnt, und hat einen Proceß gehabt, Lis ist contestirt worden, so bin ich verbunden, ob ich gleich anderswo wohne, mich dahin zu sistiren. Dieses wird dem Foro voluntario entgegengesetzt, das einer an dem Orte erhält, wohin er sich freywillig gewendet hat.

§. 4.

Was ist Rechtens, wenn einer kein gewisses Domicilium hat, sondern als ein Vagabund vertrieben worden ist? Struv sagt: Ibi habet domicilium, ubi reperitur, d. i. an dem Orte, wo er sich aufhält, kann er belangt werden, denn sonst könnte er gar nirgends belangt werden, weil er gar kein Domicilium hat. Denn man sagt: Wer nirgends zu Hause ist, ist über

all zu Hause. Es kann nun seyn, daß ein solcher Vagabund nirgends angetroffen wird. In dem Falle nun ist das Forum Originis zu consideriren, denn da kann er in Foro Originis belangt und da edictaliter citirt werden. Denn da er seinen Geburtsort durch einen anderortigen Wohnsitz noch nicht verändert hat, so wird daselbst an seiner Stelle ein Güterbesorger zu seiner Vertheidigung aufgestellt. Wo aber ein Zwang statt findet, da muß einer auch das Forum erkennen. Und solchergestalt geht auch alsdann an, was Struv sagt: Si bona alicubi habeat reus, ibi citatio affigi, et a Magistratu illius loci Curator bonorum, qui Absentis Defensionem suscipiat, constitui debet. Hier concurrirt Forum Originis und Rei sitae. Es kann einer z. B. in Sachsen wohnen, und in der Pfalz Güter haben. Weiß man nun nicht, wo er ist, so kann er in der Pfalz belangt werden, wo seine Güter sind, weil da Zwang statt hat. Sonst heißt es: Güter bewirken weder einen Wohnsitz, noch eine Unterwürfigkeit. Man kann hiebey Lauterbachs Dissert. de Domicilio nachschlagen. Hat aber einer nirgend Güter, und er ist ein Vagabund, so bleibt das Forum Originis übrig, und muß von da aus oder auch vom Orte seines Verbrechens edictalis Citatio ergehen.

§. 5.

Es wird ferner das Forum in *generale* und *speciale* eingetheilt, und heißt Forum generale dasjenige, das einer in Ansehung aller seiner Causarum erhält, sie mögen nun seine Person oder Sachen betreffen. Forum speciale aber heißt dasjenige, das einer nur in Ansehung gewisser Fälle erkennen muß. Ein solches Forum generale ist das Forum Domicilii, denn es kann einer da sowohl mit Actionibus realibus, als in Rem scriptis, und auch mit Actionibus personalibus belangt werden. Denn da er seiner Person nach unter der Jurisdiction des Iudicis Domicilii steht, so kann er allemal gezwungen werden, es mag gegen ihn Actione reali, in Rem scripta, oder personali geklagt werden. Ein anders ist es, wenn Immissio in Possessionem geschehen sollte, oder wenn einer in den Besitz gesetzt seyn wollte. Da kann er gegen den Andern nicht in Foro Domicilii klagen, denn Immissionem in Possessionem kann keiner verrichten, als der Iudex in Loco Rei sitae ist. Es kann daher das Remedium ex L. fin. C. de Ed. D. Hadr toll. nur in Loco Hereditatis sitae angestellt werden. Ja überhaupt gilt dieses von allen Remediis, wodurch man in Possessionem Rei eingesetzt werden will, daß man nämlich dazu nicht gelangen kann, als durch Hülfe des Iudicis in Loco Rei sitae, unter welchem allein die Sache steht. Diesemnach concurrirt Forum Domicilii mit allen Foris, mit dem Foro Delicti, Rei sitae, Contractus. Es steht

einem

einem frey, ob er einen in diesen Foris specialibus belangen will, oder in Foro Domicilii.

§. 6.

3) Forum *Contractus* heißt dasjenige Gericht, das einer an dem Orte erlangt, wo er contrahirt hat. Denn wo einer contrahirt hat, da unterwirft er sich auch den Legibus Loci, wo nämlich der Contrakt zu Stande gekommen ist, es müßte denn von der Vollziehung des Vertrags ausdrücklich etwas verabredet worden seyn. Denn da ist der Locus Contractus, ubi consummandus est Contractus, z. B. durch Bezahlung, Uebergabe, dadurch sich denn einer der Jurisdiction des Richters an diesem Orte unterworfen, und diese über sich prorogirt, da er sonst unter ihm nicht gestanden hätte. Ist aber über den Erfüllungsort keine genugsame Abrede genommen, so ist Forum Contractus da, wo die Einwilligung gegeben, oder wo der Contrakt geschlossen worden ist, weil in Dubio der Contrakt da consummirt werden solle, wo er celebrirt worden ist. Hingegen verkaufe ich z. B. einem Korn für 500 Rthlr., der Käufer soll solche auf Michaelis zu Frankfurt bezahlen, da ist das Forum Contractus in Frankfurt, weil Consummatio Contractus da erfolgen soll. Unterdessen wird erfordert, daß der Richter einen zwinge, wenn seine Jurisdictio wirksam seyn soll, das geht aber nicht an, ausser der Richter kann ihn an dem Orte des Contrakts bekommen. Wenn daher einer mit einem Viatore, der nur durchreiset, oder Praeternavigante an einem Orte contrahirt, so erfordert Lex 19 C. de Iud. ausdrücklich, ut si in loco Contractus conveniatur, bona ibi sita habeat, in quae missio fieri possit, si se in loco Contractus sistat. Es geht also wohl an, einen in Loco Contractus zu belangen, der an dem Orte lange bleibt, denn da kann man sich immer an seine Person halten, und die Person angreifen. Studenten, die einige Jahre auf Universitäten bleiben, können in Loco Contractus angegriffen werden, so lange sie da sind. Kaufleute, wenn sie einige Wochen an einem Orte sind, oder einen Laden da haben, haben auch ihr Forum an dem Orte, wo sie contrahirt haben, z. B. wenn sie auf die Messe kommen, so ist da Forum competens Contractus, und findet alsdenn ein Zwang statt, denn da kann man sich an die Waaren halten, und sie dadurch zwingen, dem Contrakt ein Genügen zu thun. Sonst aber geht es nicht an. Es legen aber einige den angezogenen Legem 19 dahin aus, daß ein blos Durchreisender nicht belangt werden könne. Allein nach dem Gerichtsbrauche arrestirt man einen, der sonst schwer zu belangen ist, z. B. wenn einer an einen gewissen Ort hinkömmt, und etwas da zu expediren hat, so kann er unstreitig da belangt werden, wenn es

anders Locus Contractus ist. Geht er aber nur mit der Post durch, so soll er da juxta Legem 19 nicht belangt werden können, ob es schon Locus Contractus ist. Davon geht der Gerichtsbrauch, wie gesagt, ab, es ist auch der Analogiae Iuris gemäß, weil da ein Zwang statt hat. Endlich ist noch zu bemerken, daß in Foro Contractus nur geklagt werden kann, wenn von Erfüllung des Contrakts die Rede ist, nicht aber auf dessen Aufhebung.

§. 7.

4) Es giebt aber auch ein Forum quasi Contractus, z. B. Tutelae, vel Administrationis gestae. Wo einer nämlich Res alienas administrirt hat, da kann er auch zu Ablegung der Rechnung belangt werden, denn da ist es gar leicht, den Beweis zu führen, und viel leichter, als an andern Orten. Es hätte einer z. B. eine Vormundschaft in Frankfurt erhalten, und sie da administrirt, seinen Wohnsitz aber in Hessen, so erhält er ein Forum quasi Contractus oder Administrationis gestae in Frankfurt, und muß auch da belangt werden können. Es wird wieder vorausgesetzt, daß er sich an dem Orte aufhalte, wenn die Iurisdictio über ihn ausgeübt werden soll, denn sonst kann man ihn nicht zwingen. Nun ist es zwar an dem, daß einer in Foro Tutelae gestae respondiren soll, es muß aber nicht dahin verstanden werden, als wenn er sonst nirgendswo, als in Foro Rei gestae belangt werden könnte. Wenn daher Struv sich auf den Legem 19 C. ubi de Ratioc. beruft, so findet man in diesem Lege, daß es blos heißt, es solle einer gehalten seyn, da das Forum über sich zu erkennen. Es heißt aber nicht, daß er sonst nirgends Ratione illius Contractus solle belangt werden können, sondern was beym Foro veri Contractus statt hat, das muß auch beym Foro quasi Contractus zugegeben werden. So wie nämlich einer, wenn er propter Contractum in Loco Domicilii und also extra locum Contractus belangt wäre, respondiren oder das Forum erkennen muß in Ansehung des Contractus, eben so ist es auch hier beym Foro quasi Contractus. Er muß nämlich auch Ratione Administrationis Tutelae in Foro Rei gestae Rede und Antwort geben, und steht es dem Actori frey, wo er ihn belangen will, in Foro Domicilii, oder in Foro Rei gestae. Es ist in dem angezogenen Lege nur die Frage entschieden, ob der Vormund an dem Orte der geführten Vormundschaft zu Ablegung der Rechnung belangt werden könne. Von welchem Casu nur der Imperator befragt worden, und stehet nicht duntaxat darinnen, also kann diese Rechnung überall abgelegt werden. Ueber diesen Legem hat Coccejus eine besondere Dissertation geschrieben. Bardili Diss. de competentia ratione contractus.

§. 8.

§. 8.

5) Durch ein Verbrechen wird einer ebenmäßig eines Richters Jurisdiction unterworfen. Er steht unter einem Foro um deswillen, weil das Delictum bestraft werden muß, und nicht ungeahndet gelassen werden kann, zumal da auch andere an dem Orte, wo sich ein solcher Verbrecher aufhält, bey ihm gefährdet seyn können, und zu befürchten ist, daß er das Delictum auch an dem Orte, wo er sich aufhält, noch einmal thun möchte. Daher kann ein jeder, der die Jurisdiction hat, sie über einen solchen Verbrecher ausüben, und also die verdiente Strafe an ihm vollziehen. Vornämlich erhält einer an dem Orte ein Forum, ubi Delictum commissum, oder wo er das Verbrechen begangen hat. Denn es ist ganz vernünftig, daß das Delictum hauptsächlich an dem Orte bestraft werde, wo es verübt worden, andern zum Beyspiel, ausserdem aber auch zur Satisfaction des Staats, den der Verbrecher beleidigt hat. Es ist ein altes teutsches Sprüchwort: Wo der Esel wahlt, muß er Haar lassen. Es mag einer seiner Person nach seyn, wer er will, z. B. wenn ein Fremder mit des Edelmanns Frau Ehebruch begeht, so hat der Edelmann die Gerechtigkeit über sie. Wenn ein Verbrechen in einem Gebiete angefangen, in einem andern aber vollendet worden ist, so können beyde Landesherren dasselbe bestrafen. Ein gleiches gilt von den Verbrechen auf den Gränzen, z. B. wenn einer auf dem Gebiete A. steht, und schießt den auf dem Gebiete B. befindlichen Mevius todt. Man sehe hiebey nach Rhodius de judicio mixto. Und eben daher geschieht es, daß wenn einer entwischt, ihm Literae arrestatoriae oder Steckbriefe nachgeschickt werden können, desgleichen auch, daß die Executio gegen ihn in Effigie vollzogen wird. Allein auch an dem Orte, wohin er entflieht, erhält er Ratione Delicti sein Forum, denn da er Ratione Delicti auch am Leben gestraft werden kann, wenn er ein gefährlicher Mensch ist, so kann auch ein anderer Richter die Strafe an ihm vollziehen, der die Jurisdiction hat, und braucht ihn einem andern nicht verabfolgen zu lassen. Der Verbrecher aber wird mit der Strafe belegt, die an dem Orte üblich ist, wo er das Verbrechen begangen hat, weil er dadurch die Ortsgesetze übertreten und dadurch sich zu der festgesetzten Strafe verbindlich gemacht hat. Heut zu Tage ist Remissio Delinquentis oder Auslieferung des Verbrechers, wovon Mylius sehr gut geschrieben hat, Vrbanitatis, wie man sagt, nicht aber Necessitatis, oder blose Gefälligkeit, nicht aber Nothwendigkeit. Der Titel der ebenbemerkten Dissert. heißt de remissione facinorosorum eorumque transportatioue per territorium alienum. Auch Ziegler hat de Remissione Delinquentium ad Locum Delicti geschrieben. Es steht nämlich demjenigen, wohin ein Verbrecher

cher entflohen ist, frey, ob er denselben selbst bestrafen, oder zur Bestrafung dem Iudici in Loco Delicti commissi ausliefern will. Es muß auch der Iudex, an den er ihn ausliefert, erkennen, daß es aus bloßer Höflichkeit geschehe, und also keine Schuldigkeit daraus machen. Solchemnach wird ein Revers ertheilt (Literae reversales, von welchen Peter Miller eine Dissert. geschrieben hat), worinn der Richter, an den die Auslieferung geschieht, gesteht, daß es aus bloßer Höflichkeit geschehe, daß es in andern Fällen erwiedert werden und ohne Nachtheil der Landeshoheit geschehen solle. Hiernächst muß auch der Richter, wohin der Verbrecher geflohen ist, die Kosten ersetzt bekommen, denn wenn er an einem andern Orte bestraft werden soll, so muß auch da der Proceß geführt, und also müssen auch da die Kosten hergeschossen werden. Solchergestalt sieht man klar, daß der Richter, der den Verbrecher ausliefert, sie wieder fordern kann, und das ist denn die Gratificatio, von welcher Struv Meldung thut, ex qua nempe datis Literis reversalibus die Remissio zu geschehen pflegt. Das Forum nun, welches der Verbrecher an dem Orte erhält, wohin er flieht, und wo er angehalten wird, heißt Forum *Deprehensionis*, und es wird einer von da aus bis an die Gränze geführt, wo nicht die Durchführung mit Einwilligung des Gerichtsherrn geschieht. Ausgeliefert aber muß der Verbrecher werden, wenn die Auslieferung vom höchsten Richter, z. B. dem Landesherrn, erhalten wird. Solchergestalt erhält einer ein duplex Forum Ratione Delicti, 1) Forum in Loco Delicti commissi, 2) Forum Deprehensionis, wovon Seyfert eine Dissertation geschrieben hat. Zu diesem kömmt noch das Forum Domicilii als das Forum generale, da kann einer belangt werden, wenn er aus dem Loco Delicti entflohen, und nirgends erwischt werden kann, doch aber in Loco Domicilii Bona hat, woran man sich halten kann. Wenn er keine Bona mehr haben sollte, so kann in Loco Domicilii eine Ediktalcitation an ihn ergehen, welche aber auch ex Loco Delicti commissi ergehen muß. Allein dieses gilt nur von groben Verbrechen, wegen welcher man auch abwesend verurtheilt werden kann, nicht aber von kleinen Verbrechen, wegen welcher der Verbrecher nur am Orte des Verbrechens bestraft werden kann, wenn er daselbst angetroffen wird, sonst muß er an seinem Wohnorte gesucht werden. Es mahnt z. B. ein Gläubiger hier zu Marburg seinen Schuldner, dieser aber giebt ihm nichts, ein andermal schreibt er also dem Schuldner einen injurieusen Brief, so fragt es sich, ob der Gläubiger mit der Actione Injuriarum hier belangt werden könne? Antw. Ja, wenn er gegenwärtig ist, weil Verbrechen den Verträgen gleich gehalten werden, juxta L. 20 ff. de Iudic. Sicut ergo in Loco Contractus nemo, nisi ibi repertus

pertus convenitur, ita et in delictis privatis. Ziegler de competente Delinquentium Judice, in ejus Vol. Diss. VIII.

§. 9.

Es giebt auch ein Forum speciale, Ratione *Rei sitae*. Das Forum Rei sitae erhält einer an dem Orte, wo er Güter liegen hat, denn in Ansehung derselben muß er auch die Jurisdiction des Richters, worunter sie liegen, über sich erkennen. Dieser Richter kann ihn zwingen, indem er nämlich den Kläger in die Güter einsetzt. Z. B. Es hat einer Güter in der Pfalz liegen, und ist in Hessen zu Hause, so erhält er in der Pfalz ein Forum, welches Forum Rei sitae heißt. Der Richter in Loco Rei sitae kann aber seine Jurisdiction über die Person nicht erstrecken, denn die Person steht nicht unter ihm, sondern bloß die Sachen oder Güter. Diese überschattet eine Jurisdictio, und es liegt nichts daran, ob die Person unter dem Richter, wo die Sache ist, gehört oder nicht. Der Judex Domicilii wird allenfalls ersucht, er möchte dem Beklagten die Citation insinuiren, erscheint er nicht, so wird die Einsetzung in seine Güter vorgenommen. Daher kann auch in Foro Rei sitae keiner belangt werden, als actione reali, oder aus einer ähnlichen Klage, z. B. in rem scripta, z. B. quod metus causa, desgleichen auch remediis possessoriis, nicht aber mit einer persönlichen Klage, denn da muß in Foro Domicilii agirt werden. Besagte Actio quod metus causa kann vor dem Richter angestellt werden, wo mir die Sache metu extorquirt worden ist, und sich befindet, weil der Gegentheil nach dem strengen Rechte mir hier im Wohnort nicht schuldig ist, also auch gegen ihn auf die Wiedererstattung nicht geklagt werden kann. Unterdessen kann auch einer mit dinglichen und ähnlichen Klagen in Foro Domicilii belangt werden. Z. B. es hat einer in der Pfalz Güter liegen, über die Güter entsteht ein Streit, und wird also eine Actio realis erhoben, da kann man diese Actionem realem auch in Loco Domicilii anstellen, in so weit nämlich über das Jus in Re Streit ist. Sobald man aber nicht mehr allein über das Jus in Re streitet, wenn das Dominium ausgemacht ist, und es nunmehr zur Einsetzung in die Güter kommen soll, sobald concurriren diese beyde Fora nicht nur elective, sondern es muß auch die Einsetzung in die Güter allein in Foro Rei sitae gesucht werden. Z. B. Es hat mir einer seine Bibliothek verschrieben, sie kömmt aber nachher nach Frankfurt, so kann ich allda Actionem hypothecariam anstellen. Den Actionibus realibus werden auch die mixtae beygezählt, z. B. Familiae herciscundae. Also können auch diese in Foro Rei sitae angestellt werden. Es ist auch der gleiche Grund sowohl bey Rebus mobilibus, als immobilibus, die extra locum Domicilii

sub Jurisdictione ejus Judicis sind, wo sie sich befinden, so daß also situm esse so viel heißt, als deprehendi. Hier wird mehr auf die Sache, als auf die Person gesehen. Daher werden Geistliche wegen solcher Klagen beym weltlichen Richter, und nach deren Exempel Academici beym Stadtmagistrat belangt, woher jenes bekannte Sprüchwort entstanden ist: Der Gelehrten Häuser und Mobilien liegen zu Bücherrecht.

§. 10.

Es kann auch einer ein Forum per arrestum an dem Ort erhalten, wo der Arrest auf seine Güter gelegt worden ist, denn es heißt: wo der Arrest (Kummer) angelegt, muß er auch ausgeführt werden. Man setze z. B. daß ich an den Mevius eine Forderung habe, zur Bezahlung aber nicht kommen kann. Nun werden Waaren von der Messe an ihn durch Marburg geführt, so kann ich ihm allda die Waaren mit Arrest belegen lassen, durch welche Impositionem Arresti er allda sein Forum erhält, daß er allda belangt werden kann. Allein so schlechterdings geht es nicht an, daß einem seine Sachen arrestirt werden können, weil derjenige, gegen welchen der Arrest erhalten wird, einigermaßen dadurch beschimpft wird. Daher kann auch der Richter sogleich den Arrest nicht erkennen, es muß ihm erst die Causa debendi wenigstens summarisch klar gemacht worden seyn, und alsdenn wird erst der Arrest auf des Suchenden Gefahr erkannt. Ist er nun aber erkannt worden, so muß auch allda Causa debiti ausgemacht werden, weil allda ein Zwangsmittel statt hat, wenn der Schuldner den Gläubiger nicht befriedigen will. Daher sagt man insgemein: Arrestum Forum tribuit moribus germanicis. Lyncker de eo quod justum in Arresto et forensis seu extranei. Mevius de Arrestis.

§. 11.

Wo Territoria clausa sind und das Jus Landsassiatus eingeführt ist, da muß der, welcher auch nur das Juramentum fidelitatis oder Vasallitium ablegt, als ein Unterthan in Personalibus zu Recht stehen. Das resolvirt sich in die Frage: Ob es territoria clausa giebt, und ob ein Vasall um deswillen, daß er ein Vasall ist, auch ein Subditus sey? Es kann einer freylich ein Vasall seyn, deswegen aber ist er noch kein Unterthan. Wer aber Territoria clausa statuirt, der muß auch dafür halten, daß man darinn bloß vermöge des Landsassiats ein Forum erhält. Und weil denn ein Unterthan in allem auch seiner Person nach dem Domino territoriali unterworfen ist, so können, wie in Sachsen, die Vasallen auch allda in Personalibus belangt werden, wenn

gleich

gleich die Klage das Gut nicht angeht, und der Vasall außer Sachsen wohnt. Genug, daß er in Sachsen das Lehen hat. Sonst aber macht freylich die bloße Possessio Bonorum noch kein Forum Domicilii, sondern nur Rei sitae, und also kann ich auch actione personali da nicht belangt werden. Schilter hat de jure Landsassiatus eine Dissertation geschrieben.

§. 12.

Man wird ferner eines Richters Jurisdiction ratione continentiae causarum unterworfen. Es heisset aber *Continentia causarum* derjenige Zusammenhang verschiedener Rechtssachen, da die Entscheidung der einen von der andern ihrer abhängt, oder eine die andere zur Entscheidung vorbereitet. Dieses heissen causae continentes. So ist eine Continentia inter petitorium et possessorium. Wo das possessorium abgethan worden, da muß auch regulariter das petitorium abgethan werden, und erhält dennoch einer zugleich ratione petitorii sein Forum allda, wo das possessorium tractirt worden, weil es heißt: possessorium est praeparatorium petitorii. Denn derjenige Richter, der in possessorio schon erkannt hat, kann auch die Sachen in petitorio geschwinder abthun, als ein anderer, weil in possessorio schon viel von dem petitorio mit vorkommt, und solches gemeiniglich mit vorgebracht wird, pro colorando possessorio. Wobey zu bemerken steht, quod possessorium rei spiritualis non sit spirituale, folglich selbiges auch vor dem weltlichen Richter verhandelt werden kann. Ausser dieser Continentia giebt es noch eine andere, nämlich die ex identitate causarum entsteht. Es wird aber identitas causarum sowohl nach der Person, als nach der Sache ästimirt. Die Personen nämlich, welche ex una eademque causa zu belangen sind, erhalten alle ein Forum, wenn sie einen Judicem superiorem haben, ob sie gleich sonst verschiedener Jurisdiction unterworfen sind. Z. B. wenn fünf Erben zu belangen sind, und alle unter diversis Foris oder Richtern stehen, alle aber einen Judicem superiorem haben, so können sie alle fünf zugleich propter identitatem causae, ex qua singuli conveniuntur, belangt werden. Titius z. B. mein Debitor ist gestorben, und hat drey Söhne hinterlassen, so kann ich alle drey in ein Klaglibell fassen, und solches an die Regierung übergeben, wo sie wohnen, denn da kann die Sache viel geschwinder ausgemacht werden, und es wäre unbillig, wenn man den Actorem in so viel diversa Fora ratione ejusdem causae verweisen wollte. So kann auch einer ratione diversarum causarum sub diversis Judicibus sitarum, die er aber alle verlangt, sich sogleich ad Judicem superiorem wenden, z. B. wenn eine r einen Generalarrest auf eines Creditoris unter verschiedener Gerichtsbarkeit gelegene Sachs

verlangt, so wäre es viel zu weitläuftig, wenn er ihn in einem jeden Foro rei sitae verlangen wollte, denn da ist es ja am kürzesten, wenn er sich ad Judicem superiorem wendet, indem er von dem aus sogleich einen Generalarrest über diese sonst verschiedene Sachen erhalten kann. Daher muß man sich an eines der höchsten Reichsgerichte wenden, wenn die Güter in verschiedenen Territorien befindlich sind. Und ob zwar Clerici protestantes dahin nicht evocirt werden können, weil sie unter dem Consistorio stehen, von welchem man an die höchsten Reichsgerichte nicht appelliren kann, so kann dieses doch per indirectum, das ist ob continentiam causarum, geschehen. Uebrigens kömmt die connexitas et causarum et Personarum besonders in concursu Creditorum häufig vor. Z. B. Titius ist von einem in loco contractus, von einem andern aber in Foro rei sitae belangt worden, nachgehends wird er gantmäßig, so müssen diese beyde Processe abgebrochen werden, und beyde Creditores ad Forum Domicilii, wo der Concurs ventilirt wird, ihre Klage als in Foro universali vorbringen. Endlich entsteht auch noch continentia causarum ex accessione, so daß in dem Gericht, wo causa principalis *tractirt* worden, auch die accessoria, welche daraus entsteht, zu tractiren ist. So kann ein Advocat bey dem Richter auf sein Salarium klagen, wo causa principalis tractirt worden.

§. 13.

Das Forum, welches einer ex singulari Privilegio erhält, heißt *Privilegiatum.* Nun gilt es nicht gleich viel, ob das Forum privilegiatum ist ratione Personae, oder ratione causae, denn ist das Forum ratione causae privilegiatum, so hält das allemal ein Verbot in sich, daß von keinem andern Judice, als an den die Sache gewiesen ist, die Discussio vorgenommen werden kann, mithin kann man hier niemals seinem Foro renunciren, cum lex semper resistat, wohl aber kann er dem Foro, welches bloß ratione Personae alicujus privilegirt ist, für sich renunciren. Es differirt nun dieß Forum privilegiatum auf vielerley Weise, auf so vielerley nämlich, als die causae variiren. Von einigen ist beständig eine grosse Menge vorhanden, einige sind auch von sonderbarer Wichtigkeit. Z. B. wenn in einem Orte viel Bergwerke sind, so sind der causarum metallicarum beständig so viel, daß man ein eigenes Gericht dazu nöthig hat, welches man auch Berggericht nennt, alsdenn haben diese causae ein Forum privilegiatum, dergestalt, daß sie kein Richter, er mag sonst seyn, wer er will, vor sich ziehen kann. So haben auch ein besonderes Forum die Causae salinariae an den Orten, wo grosse Salzwerke sind, nd also der Sachen zu viel werden, daß man andere Richter nicht damit be-

lästi-

lästigen kann. Gleichergestalt giebt es auch besondere Causas nauticas, und also auch Fora privilegiata ratione earum, welche in judicio admiralitatis expedirt werden. Es giebt auch, wo der Ehesachen zu viel vorkommen, ein besonderes Ehegericht, um die dabey vorfallenden Streitigkeiten beyzulegen. Nicht weniger kommen auch viele Streitigkeiten bey Dämmen und Leichen vor, daher giebts auch besondere Damm- und Leichgerichte, z. B. in Ostfrießland, daß also die Fora privilegiata auf gar vielerley Weise differiren. Sie entstehen aber alle ex hac ratione generali, damit diesen Causis desto besser möchte abgewartet werden. Denn wenn andere Richter dieselben noch ausser ihren Geschäften haben sollten, so wären sie zu viel beläftiget, und könnten sich zur Behandlung aller so geschickt nicht machen, als wie zu Einer Art, denn wenn einer bey dem Bergcollegio sitzt, so applicirt er sich auch bloß auf die Bergsachen; sitzt er bey dem Kriegsgericht, so applicirt er sich auf die Kriegssachen; sitzt er bey dem Salzgericht, so applicirt er sich auf die Causas salinarias, um die Kenntniß sich beyzubringen, die zu der Verhandlung derselben erfordert wird. Es gehören hieher auch nach dem Jure Canonico die Causae Ecclesiasticae, die auch ihr besonderes Forum erhalten haben, weil man den Laicis keine Gewalt darinn hat einräumen wollen, und sie für untüchtig erachtet hat, Causas Ecclesiasticas zu tractiren. Denn man hat gemeynt, es erfordere eine besondere Gabe und Geschicklichkeit, die nur den Clericis beywohne, Causas Ecclesiasticas zu beurtheilen, welches von dem Unterschied herkommt, den man inter Rempublicam Ecclesiasticam et Secularem fingirte, deswegen hat man auch einen Unterschied inter Causas Ecclesiasticas et seculares gemacht. Heut zu Tage aber ist das ein Unterschied, den bloß die Katholiken zugeben. Bey den Protestanten werden zwar zu den Causis Ecclesiasticis Theologi genommen, es sitzen aber auch Politici dabey, und werden dieselben zwar in Consistorio tractirt, das Consistorium aber besteht auch mit aus Politicis. An einigen Orten aber haben sie gar keine Geistliche dabey, sondern es tractiren die Causas Ecclesiasticas die Politici, wie in einigen Reichsstädten, z. B. zu Hamburg, wo die Causas Ecclesiasticas bloß die Rathsherren tractiren, oder ein besonderes Collegium von Rathsherren. Da haben sie nicht einmal ein Consistorium. Das Forum Ecclesiasticum nun ist zu considériren entweder ratione causarum, oder ratione Personarum.

§. 14.

Dieß Forum Ecclesiasticum ist 1) ratione Clericorum so privilegirt, daß sie daselbst wegen aller persönlichen Klagen zu belangen sind, hingegen müssen sie in Foro rei sitae stehen, wenn sie sonst wo Güter haben, z. B. Le-

hengüter, denn da müssen sie doch das Forum feudale agnosciren, und vor den Lehenhof stehen. Was ihre Delicta anbetrift, so hat man zu sehen, ob dieselben leviora oder atrociora sind, d. i. ob sie auf eine Strafe, welche grösser, als die Remotion ist, qualificirt sind oder nicht. Alle Causae Criminales der Clericorum, die nämlich ihre Delicta concerniren, aber nur auf eine Remotionem, Suspensionem, poenam pecuniariam, oder Carceris und keine poenam Corporis afflictivam oder Capitalem gehen, werden noch vor dem Consistorio tractirt. Wenn es aber zur poena Corporis afflictiva oder wohl gar Capitali kommt, z. B. daß der Geistliche verbrannt werden soll, wie es im Hannöverischen sich zugetragen, oder wo Landesverweisung, auch der Kopf darauf steht, so wird alsdann die Causa, oder wenn auch noch die Consistorien die Untersuchung haben, die Vollstreckung des Urthels dem weltlichen Richter überlassen, und ad scandalum evitandum der Geistliche degradirt, daß er nicht mehr als ein Geistlicher bestraft wird. Es geschieht solches bey den Katholiken durch Abziehung der geistlichen Kleidung und andere Gebräuche, bey den Protestanten durch ein bloses Dekret. Die Generalinquisition steht doch dem Consistorio zu. Den Clericis werden auch beygezählt Templorum Custodes, Scholae Ministri et Organici. Unter den Katholiken werden die Geistlichen vor dem Bischof oder dessen Vertreter, dem Officialen, belangt, daher auch dieses Gericht Officialat heißt. Daß die Laien zur Verwaltung der geistlichen Gerichtsbarkeit untüchtig seyn sollen, kömmt freylich noch von den Katholiken und der Meynung her, als wenn ein Laicus über einen Geistlichen keine Gewalt haben könnte. Daß aber die geistlichen Gerichte die peinlichen Fälle nicht entscheiden, kömmt daher, weil die Kirche nicht nach Blut dürste. Daher müssen bey vermischten Gerichten während Entscheidung der peinlichen Fälle die geistlichen Beysitzer abtreten. Ad Exemplum seu Imitationem Consistoriorum oder nach Art derselben sind die Academien angelegt, daher auch das Judicium in Academiis Consistorium an vielen Orten, z. B. wie zu Marburg, genannt wird, und eben deswegen haben die alten Academien keine Jurisdictionem altam, sondern nur inferiorem oder in civilibus. Denn ob sie gleich, wie oben schon angeführt worden, auch auf relegationem erkennen können, so haben sie deswegen doch nicht Jurisdictionem criminalem. Die neuern hingegen haben auch Jurisdictionem criminalem, ex speciali Principis concessione, z. B. die Ingolstadtische, Hallische, Leipziger, Helmstädter und Tübinger Universität; die Frankfurter und Wittenbergische referirt Schweder in Jure publico ohne Grund hieher. Da heißt auch das Forum Academicum nicht mehr Consistorium, sondern Concilium. Unter dem Consistorio oder Concilio nun stehen die Professoren und ihre ganze Familie, in so weit

sie

sie nämlich aus Dienern besteht, und wenn auch ein Student heyrathen sollte, so stehen seine Frau und Kinder darunter, denn das ist nach obigem ein Forum necessarium. Wo aber auch noch Academien nach der alten Art Jurisdictionem Criminalem nicht haben, so wird ihnen doch gemeiniglich die erste Untersuchung verstattet, daß sie vorerst, wenn ein Crimen von einem Studenten verübt worden, untersuchen dürfen, ob es so qualificirt sey, daß es zu einer poena corporis afflictiva oder capitali kommen könne, oder nicht. Denn erkennen sie, daß das Delictum zu keiner poena Corporis afflictiva oder capitali qualificirt ist, so dürfen sie es dem peinlichen Gerichte nicht überlassen, wie auch Wernher in seinen Observationibus bereits angemerkt, daß zu Ausschließung der akademischen Gerichtsbarkeit in peinlichen Fällen nicht hinreichend sey, daß man sage, es seye ein Crimen verübt worden, denn manchmal giebt es Mitigantia poenae ordinariae, um derentwillen es nicht einmal zu einer poena corporis afflictiva kommen kann. Wenn also dieß per primam Cognitionem herausgebracht wird, so kann das Forum Academicum per forum criminale nicht ausgeschlossen werden. Es entstehen aber insgemein hierüber Streitigkeiten zwischen den Academien und den peinlichen Gerichten. Friederich Barbarossa hat den Civibus Academicis das Privilegium ertheilt, und ist die Authentica *habita* C. ne Filius pro Patre A. 1158. dem Codici einverleibt worden, kraft welcher die Cives Academiae unter dem Prorector stehen können, aber nur bloß in Civilibus. Ferner haben wir auch ein Forum Militare, und müssen dieß Forum alle Soldaten samt ihren Familien agnosciren, nämlich in personalibus und causis civilibus, auch criminalibus, aber ratione rei sitae müssen sie auch das Forum rei sitae respectiren. Wenn ein Soldat anderswo Güter hat, muß er auch das Forum rei sitae allda erkennen. Hat er Lehengüter, so muß er den Lehenshof erkennen, ob er gleich ein Soldat ist, und allda zu Recht stehen, wenn er wegen der Lehen belangt werden sollte, und kann er sich nicht auf sein Forum privilegiatum militare berufen. Das geht nur auf seine Person und Sachen, die nicht unter eines andern Richters Jurisdiction gelegen sind. Manchmal aber geht das Privilegium so weit nicht, denn das Forum privilegiatum militare variirt pro varietate Causarum militarium, so daß an einigen Orten, wenn die Soldaten Crimina verübt haben, z. B. Latrocinia, stupra violenta, sie von dem Kriegsgerichte nicht bestraft, sondern dem Judici ordinario, welcher die Peinlichkeit hat, übergeben werden. Das ist aber nicht an allen Orten, sondern wo auch dergleichen Delicta durch Soldaten verübt worden seyn sollten, oder ob quaelibet delicta, stehen sie sub foro militari. In geistlichen Sachen hingegen stehen sie unter den Consistorien, doch ist im Brandenburgischen ein eignes

Feld-

Feldconsistorium errichtet. Vor diesem Consistorio castrensi stehen 1) alle Garnisons- und Feldprediger, 2) alle Unterofficiers und Soldaten, die Oberofficiers aber unter einem Judice mixto, welcher aus Consistorialräthen von Berlin und aus Oberofficiers besteht. Es besteht 1) aus dem Generalauditeur, welcher den Vorsitz hat, 2) ein Paar Stabsofficiers, 3) ein Paar Feldpredigern vom Generalstab, oder, wenn bey demselben keine vorhanden, von andern Regimentern. So haben auch ein Forum privilegiatum die Officiales Principis, fürstlichen Bediente, die nämlich immediate von ihm besoldet werden. Z. B. alle Hofgerichtsräthe, Regierungsräthe, stehen unter der Kanzley, oder dem Collegio, cujus membra sunt, und nicht sub Magistratu Civico, nämlich wieder in personalibus, oder wenn sie in Ansehung ihrer Person, nicht aber, wenn sie ratione bonorum suorum belangt werden, denn da müssen sie wieder Jurisdictionem Magistratus agnosciren. Eine Generallimitation ist also bey diesen Personen quoad actiones reales, mixtas, in rem scriptas. Von welchen Officialibus aber diejenigen zu excipiren sind, welche immediate in famulitio oder Ministerio Principis sind, die Hofbedienten, denn die haben ihr besonderes Forum und stehen unter dem Hofmarschall. Wenn daher Struv sagt, quod Principum Officialium in urbe quadam degentium sit privilegiatum forum, so muß man diese zwey Fora von einander distinguiren, die Kanzley und das Hofmarschallamt. Es versteht sich auch solches von wirklichen, nicht aber von blosen Titularräthen, ausser es sey ihnen solches im Bestallungsdecret ausdrücklich bewilligt worden. Strycks Diss. de foro Ministrorum Principis. Regierungsadvocaten mit ihren Familien stehen gleichfalls unter der Regierung, und wird das Forum privilegiatum auch ad viduas extendirt. Hiernächst ist auch hieher noch das Forum privilegiatum der unmittelbaren Reichsglieder zu referiren, welches man die Austraegas nennt, wovon in Jure publico gehandelt wird. Kurz man kann sagen, daß die Austraegae ein Forum primae Instantiae sind, so einige Membra Imperii immediata erhalten haben, kraft dessen sie in erster Instanz nicht sogleich vor die Reichsgerichte gezogen werden können, sondern vorher gewisse Schiedsrichter fordern können, daß also die Austraegae Schiedsrichter sind, die auch manchmal in pactis familiarum ernennt werden, wer sie seyn sollen. Es sind diese Austräge überhaupt eingeführt worden, damit die Membra Imperii immediata nicht schlimmer daran, als privati seyn mögen, die manchmal viel Instantias haben, ehe sie an die Reichsgerichte gezogen werden können. Struv meynt, als wenn es überhaupt ein beneficium Statuum Imperii wäre. Es haben aber nicht alle Status Imperii dieß Beneficium Austraegarum, wie z. B. die Reichsstädte, und haben es wieder einige, die gar keine Status Imperii

perii sind, daher kömmt es auf die Kammergerichtsordnung und Conventionen an. Diejenigen Austraegae, die in der Kammergerichtsordnung constituirt sind, heißen *legales*, diejenigen aber, die Conventiones Principum, Comitum constituirt sind, heißen *conventionales*, nach der Convention. Ausserdem haben auch mehrere Reichsstädte durch kaiserliche Gnadenbriefe Austräge erhalten, welche daher Austraegae privilegiati heissen. Darnach muß auch ihre Gewalt beurtheilt werden, wie ich in meiner Dissertatione de Austraegis conventionalibus mit mehrerm gezeigt. Die Jäger gehören unter die Jagdkanzley, und in manchen Orten, wie im Brandenburgischen, die Scharfrichter. Caspar Ziegler hat zu Wittenberg eine Dissert. gehalten de Foro Privilegiato.

§. 15.

Man hat in favorem rei primam Instantiam eingeführt, wo es Judices Superiores giebt, und die Instantias auch daher vervielfacht, so daß manchmal derjenige, der beklagt wird, wenn er in einem Foro verloren, doch noch Hoffnung hat, in dem andern zu gewinnen, auch manchmal noch in dem dritten. Z. B. wenn er vor dem Magistrat verloren, so hat er noch Hofnung, vor der Regierung zu gewinnen; hat er vor der Regierung verloren, so hat er noch Hofnung, bey dem Oberappellationsgericht zu gewinnen. Das sind also verschiedne Instanzen, die nicht übergangen werden können, sondern genau beobachtet werden müssen, widrigenfalls Causa, die mit Vorübergehung der erstern in der letztern Instanz sogleich anhängig gemacht worden, remittirt wird. Unterdessen giebt es manchmal Personas miserabiles, das sind Personen, die verunglückt sind, z. B. Wittwen und Waisen, diejenigen, welche taub und stumm entweder von Natur gebohren, oder zufälliger Weise solche Mängel bekommen haben, aliique infortunio non sua culpa miserabiles, velut qui casu caeci facti, nicht Prodigi, noch Huren, wie gleichwohl einige Doktoren wollen, indem diese durch ihr Verschulden miserabiles sind, denn wer hat sie es geheissen, daß sie sich stupriren lassen sollen, sondern es gehören hieher Leute, welche der Schlag gerührt, die contrakt oder stets mit der schweren Noth oder andern langwierigen Krankheiten beladen sind. Ueberhaupt heissen personae miserabiles, welche ihres Zustands wegen des grösten Mitleidens und Erbarmung würdig sind. Diese Personen brauchen primam Instantiam nicht zu respectiren, sondern wenn sie entweder belangt werden, oder andere belangen wollen, so können sie immediate gleich ad Principem gehen, nach dem L. un. C. quando Imp. Denn auf diese Weise kann ihre Sache viel geschwinder zu Ende gehen, als wenn sie erst durch so viele Instantias lauft, indem sie in einer Instanz

2 bis 3 Jahre hangen, und nachdem erst, wenn sie auch darinn ausgeht, per viam Appellationis in eine andere gezogen werden kann. So aber, wenn sie gleich immediate ad Principem gebracht werden kann, kann sie viel bälder entschieden werden, als sonst, daran aber ist solchen Leuten viel gelegen, weil sie nicht viel auf Processe wenden können, denn es kostet ein Proceß immer mehr, durch je mehrere Instanzen er lauft. Eine Ausnahme ist, wenn sie gegen eine gleichfalls miserable Person klagen. Dann müssen sie die ordentliche Gerichtsstelle suchen. Einige Doktoren sagen, es gehören nur die armen Wittwen hieher, nicht die reichen. Das heißt aber nichts, denn wer hat jemand in seinen Beutel gesehen? In Puncto Juris und der Theorie nach gehören Minores nicht inter personas miserabiles, quia privilegia non possunt extendi de casu ad casum, de persona ad personam. In Praxi aber ist es ganz anders, und kommt ihnen das Privilegium eben sowohl zu gut. In Puncto Juris ist wahr: quod Privilegium hoc virginibus (den Jungfern) non competat, cum propriae vidua sit, quae marito orbata. In Praxi aber meynen die meisten Doktoren, daß den Jungfern, licet minorennibus, dennoch dieses Privilegium competire, welches auch in der Magdeburgischen Proceßordnung recipirt ist. In L. 242, §. 3 ff. de V. S. heißt auch virgo vidua, freylich aber improprie. Diesen Personis miserabilibus werden auch die Universitäten äquiparirt. Diese haben eben die Jura, deßwegen können auch diese sogleich immediate in einer Sache, da sie belangt werden oder sonst andere belangen wollen, ad Principem provociren. Im Churfürstenthum Hannover ist dieses Forum miserabilium personarum ganz abgeschafft. Gabriel Schweder hat de Foro personarum miserabilium geschrieben, ingleichem hat Thomasius eine Dissertation gehalten de singulari aequitate L. un. C. de Judic. Benz de Judicio Imperatoris extraordinario. Es darf auch ferner prima Instantia nicht beobachtet werden in Casu denegatae vel protractae Justitiae, vel protelatae litis. Man hat z. B. den Reum bey seiner ersten Instanz belangt, der Judex aber verzögert den Proceß, daß man wohl sieht, man werde unmöglich bald zu seinem Rechte gelangen können, da kann man sodann die causam ad Superiorem, etiam illa prima Instantia praeterita, bringen, ohne daß sich der Reus beschweren kann, daß ihm sein Beneficium primae Instantiae genommen worden sey, denn das Beneficium primae Instantiae hat dem Reo nicht in praejudicium aliorum oder partis adversae ertheilt werden können, da der Princeps überhaupt keine Beneficia in praejudicium aliorum ertheilt. Eben so kann man auch die erste Instanz vorbeygehen, wenn der Judex inferior der Partheylichkeit verdächtig ist, denn vor einem Judice suspecto sich einzulassen, kann man keinem Menschen zumuthen, z. B. wenn er eines sein offen-

barer

barer Feind ist, wenn er ein Patron oder naher Anverwandter vom parte adversa ist, das ist wieder eine Ursache, daß man die erste Instanz vorbeygehen und sogleich ad Principem provociren kann. In dem Lege unica Codicis si quis Imperatori maledixerit ist auch ein Casus angeführt, der aber heut zu Tage nicht mehr gebräuchlich ist, wenn nämlich einer dem Imperatori fluche, so dürfe man ihn nicht erst bey seinem Judice ordinario angeben, sondern er könne ihm übergeben werden, daß er über ihn erkennen möge. Allein heut zu Tage, auch in Crimine laesae Majestatis, erkennt doch der Judex ordinarius, der nämlich die peinlichen Gerichte hat. Conferatur Peter Schulzens zu Frankfurt gehaltene Dissert. de Recursu ad Superiorem.

Viertes Buch.

Tit. VI.

De Judicis Habilitate.

§. 1.

Die Tauglichkeit eines Richters wird aus den im gemeinen Rechte eines Orts erforderlichen Eigenschaften beurtheilt. Wenn ein Richter diejenigen Eigenschaften an sich hat, die nach dem gemeinen Recht und also auch nach den Gewohnheiten eines Orts erfordert werden, so sagt man: Er ist habil, denn die Gewohnheiten differiren, und sind die Qualitäten nicht einerley, die bey Richtern erfordert werden. Es sind fast in einer jeden Stadt Gewohnheiten, so gewisse Qualitäten erfordern, und wer solche hat, heißt Judex habilis. So wird das weibliche Geschlecht zum Richteramte nicht zugelassen, wenn nämlich Jurisdictio personalis und nicht patrimonialis ist. Ueberhaupt sagt man: Ein Richter soll Recht sprechen 1) können, und dann 2) auch wollen. Und an allen Orten wird von einem Richter erfordert, daß er unpartheyisch sey. Was einen Zeugen verdächtig macht, macht noch mehr einen Richter verdächtig, und was jenen untauglich macht, das macht noch um so viel mehr diesen zum Richter untauglich. So wie ein Zeuge in eigner Sache verdächtig ist, also kann auch ein Judex, wenn er in propria Causa sprechen wollte, welches auch Causa Liberorum ist, recusirt werden, ausgenommen in dem Falle, wo, wenn er auch in propria Causa spricht, doch kein Praejudicium für den partem adversam zu befürchten ist, denn da fällt

der Grund des Verbots weg. Nun ist kein Nachtheil vorhanden, wenn der Erbgerichtsherr in proprio suo Judicio seine Bauern obgleich in propria causa belangt, denn 1) hat er seinen Justitiarium, und urtheilt also selbst nicht, sondern der Justitiarius spricht, der auch die Rechte versteht, und von dem nicht zu präsumiren ist, daß er, ungeachtet er den Edelmann als seinen Herrn respectiren muß, seinen Eid, da er jedermann Recht zu sprechen geschworen hat, zu seines Herrn Gunsten brechen werde. Solchemnach cessirt hier schon eine Suspicio, die sonst gegen den Iudicem in propria causa militirt. 2) Wenn in des Erbgerichtsherrn Gericht gesprochen wird, so wird nicht einmal von dem Iustitiario gesprochen, sondern es werden die Acta verschickt, und wird im Namen des Edelmanns von unpartheyischen, z. B. von auswärtigen juristischen Facultäten gesprochen. Eben deßwegen müssen die Acta verschickt werden, damit doch, weil die Causa den Edelmann selbst concernirt, alle Suspicio partialitatis wegfallen möge, wozu noch 3) kömmt, daß die Edelleute selbst verhüten, daß die Bauern nicht Gelegenheit zu appelliren bekommen mögen, aus welchem Grunde sie praesumtionem integritatis für sich haben, daß sie nämlich nicht partheyisch sprechen werden. Einen Zeugen macht ferner verdächtig besondre Freund- oder Feindschaft, Gunst oder Verbindung, um noch vielmehr also einen Richter, der ja noch mehr schaden kann, als der Zeuge. So macht auch einen Zeugen verdächtig Corruptio, oder wenn er bestochen worden, ein falsches Zeugnis abzulegen. Das muß demnach einen Iudicem suspectum machen. In allen Fällen aber, da der Iudex suspectus gemacht werden kann, darf man ihn nicht erkennen.

§. 2.

Ob er Delegatus ist oder Ordinarius, ist gleich viel, genug, wenn er suspekt ist, da man keinem zumuthen kann, vor einem suspecto Iudice zu stehen. Unterdessen, wenn man gegen den Iudicem Ordinarium etwas einzuwenden hat, pflegt man doch lieber dieses zu thun, daß man sich Commissarios erbittet, welches auch der Iudex Superior eher thut, als daß er die Causam gänzlich von ihm avocirt, und einer andern Obrigkeit übergiebt. Man verliert hiedurch das Beneficium primae Instantiae nicht, wenn man sich einen Commissarium anstatt des verdächtigen Richters ausbittet, und kann man doch noch von dem Ausspruche der Commissariorum appelliren, und also den Favorem beybehalten, um deswillen die prima Instantia eingeführt worden ist. Daß nun aber ein Iudex recusirt werden kann, kömmt hauptsächlich vom Verdacht her, der gegen ihn angeführt werden kann. Ein ganzes Kollegium aber suspekt zu machen, ist gar etwas rares. Denn wenn auch schon einige vom Collegio

gio sind, die etwa einer Parthey favorisiren, so thun es doch die Andern nicht. Giebt es also einige bey einem Collegio, die einer Parthey mehr, als der andern favorisiren, oder wohl gar einen Haß gegen eine Parthey haben, um dessentwillen zu befürchten ist, daß sie ihr Tort thun, so können wenigstens diese Membra recusirt werden. Freylich aber, wenn ein ganzes Kollegium aus rechtmäßigen Ursachen suspekt ist, so kann man es auch recusiren, ob es gleich etwas seltenes ist. Als bey der Kammer noch keine protestantischen Assessores waren, und eine Causa vorkam, welche die Protestanten concernirte, verlohren sie gewöhnlich den Proceß, mithin konnte gar wohl die Kammer, ob sie gleich ein Kollegium ist, von den Protestanten als suspekt recusirt werden. Es ist auch genug, wenn nur der gröste Theil der Gerichtsglieder, oder auch nur eines von großem Ansehen, dem die Andern nicht widersprechen mögen, verdächtig ist.

§. 3.

Ob nun gleich unter den Remediis, deren man sich gegen einen Iudicem, der verdächtig ist, gebrauchen kann, das erste ist, daß man sich Commissarios ausbittet, so ist doch solches etwas verhaßtes, denn so wird der Iudex ordinarius ganz ausgeschlossen. Ein bequemeres Mittel ist also, wenn man nur bittet, daß ihm ein Commissarius adjungirt werde, damit er nicht allein in der Sache verfahren möge. Solchergestalt kann schon ein Präjudiz verhütet werden, welches er einem sonst zuziehen könnte. Wenn auch auf Abfordern des Processes geklagt wird, so pflegt es zu Ehren des ordentlichen Richters zu geschehen, daß man ihm einen Commissarium adjungirt. Wenn man hingegen doch befürchten sollte, daß demungeachtet partheyisch in der Sache verfahren werden möchte, wenn der Iudex ordinarius dabey verbleiben sollte, weil er etwa den Commissarium leicht stimmen könnte, so kann man ihn gänzlich verwerfen. Jedoch weil er gleichwohl Iudex ordinarius ist, so kann eine solche Recusatio nicht geschehen, als aus einer gewissen und rechtmäßigen Ursache, die die verwerfende Parthie anführen muß. Wenn er auch eine Causam anführt, so ist es nicht genug, sondern er muß sie auch beweisen. Kann er sie also nicht beweisen, so kann er sich einen Injurienproceß zuziehen, und wenn es auch der Iudex ordinarius nicht achtet, so kann er sich doch dadurch, daß er ihn verdächtig gemacht und sich unterfangen hat, eine Causam Suspicionis gegen ihn auszuführen, sehr gehässig machen. Man verfährt daher sicherer, wenn man sich einen Correferenten ausbittet.

§. 4.

Allein wenn man sagt, man müsse den angeblichen Verdacht erweisen, so geht das nur auf den Casum, da man den Iudicem recusiren will, ohne des Remedii Iuramenti perhorrescentiae, dessen Autor Bonifacius VIII ist, sich zu bedienen, obgleich einige auch der Meynung sind, daß wenn man einen Iudicem perhorresciren wolle, man auch eine justam Causam gegen ihn ausführen müsse. Es ist aber wider die Natur des Iuramenti perhorrescentiae. Es heißt eben deßwegen Iuramentum perhorrescentiae, das man zu dem Ende ablegt, damit man dadurch erhärten will, man verspreche sich kein gerechtes Urtheil von dem Richter in der Streitsache, sondern fürchte sich vor ihm. Da schwört einer de Credulitate, daß er nicht glaube, unpartheyische Gerechtigkeit bey dem Richter zu erhalten, und sich vor ihm scheue, so wahr ihm Gott helfe! Das ist eingeführt, um die Allegationem et probationem Causae suspicionis zu verhüten. Dieses ist also freylich das allersicherste Mittel, denn da cessiren alle incommoda. Es muß darauf der Richter vom Principe von der Sache weggenommen, und dieselbe einem Andern übertragen werden, indem man sodann nicht zu befürchten hat, daß der Iudex einem um deßwegen einen Injurienproceß an den Hals werfen werde, und der Richter selbst, wenn er sieht, daß der Andere schwört, kann ihm nicht so leicht übel nehmen, daß er die Sache ihm nicht anvertrauen will. Lauterbach hat vom Iuramento perhorrescentiae eine Disputation geschrieben, und Klein de Iudice suspecto.

Viertes Buch.

Tit. VII.

De Causa in Judicium deducta.

§. 1.

Der Sache (Causae) Beschaffenheit muß um deßwillen erwogen werden, weil nach der verschiednen Beschaffenheit derselben auch der Processus und das Judicium variirt. Nun ist oben schon überhaupt gezeigt worden, daß Causae negotia seyen, quibus Iura acquiruntur et Obligationes

nes contrahuntur. Sie werden eingetheilt in Cauſas Eccleſiaſticas und Seculares, denn ſie concerniren entweder Iura Eccleſiae, oder ſie concerniren Iura Reipublicae vel eorum, qui Membra Reipublicae ſunt, vel Civium in ſingulari. Die erſtern Cauſae heiſſen *Eccleſiaſticae*, welche die Iura und Obligationes Eccleſiae auch deren concerniren, welche Membra Eccleſiae ſind oder der Kirche dienen. Hingegen heiſſen die andern Cauſae *Seculares*, welche die Iura Reipublicae, vel totius, vel Civium in ſingulari betrachtet, angehen. Dieſe Diſtinctionem Cauſarum kann man auch unter den Proteſtanten noch zugeben, denn es iſt eben nicht nöthig, daß man ſie ex Diſtinctione Pontificiorum Reipublicae in Eccleſiaſticam et Secularem herleitet, welche die Proteſtanten um deßwillen nicht annehmen, weil ſie die Kirche nicht als Rempublicam, ſondern als ein Collegium in Republica conſideriren, welches in externis demjenigen, der im Staate Summam poteſtatem hat, unterworfen iſt. Von deſſen Arbitrio aber dependirt nun, durch wen er die Cauſas, ſo die Kirche concerniren, tractiren laſſen will, ob er die, welche die Republik und die Kirche concerniren, von einem Iudice oder von verſchiedenen abhandeln laſſen will, da denn freylich am angemeſſenſten iſt, daß weil jene Cauſae die Seele concerniren, man ihnen ein eignes Forum deſtinirt, woher eben das Forum Eccleſiaſticum entſtanden iſt. Die Cauſae Seculares differiren wieder. Sie ſind *Civiles* oder *Criminales*. Civiles heiſſen diejenigen, welche die Iura Civium in ſingulari und derſelben Obligationes concerniren, wobey alſo auf das Intereſſe privatum geklagt wird. Hingegen Cauſae Criminales heiſſen, welche das Ius Reipublicae puniendi Crimina concerniren.

§. 2.

Ferner theilt man die Cauſas in *reales* und in *perſonales*, in *poſſeſſorias* und *petitorias* ein. Denn die Cauſae Civiles concerniren entweder ein Ius in Re oder ein Ius ad Rem. Die erſtern heiſſen reales, die andern perſonales. Es giebt aber auch Cauſas *mixtas*, denn einige Cauſae concerniren zugleich Iura in Re und Iura ad Rem, wie die Cauſae, bey denen Actione Familiae herciscundae, communi dividundo et finium regundorum, auf die Praeſtationes perſonales agirt wird, denn da concernirt die Cauſa ſowohl ein Ius in Re, als auch ein Ius ad Rem, woraus die Praeſtationes perſonales gefordert werden.

§. 3.

§. 3.

Die Reales concerniren entweder die Poſſeſſionem, nämlich das Factum, oder qualitatem poſſeſſionis, oder das Ius. Daher ſind die Klagen entweder *poſſeſſoriae*, welche die Poſſeſſionem, oder *petitoriae*, die das Ius, worauf es bey einer Sache ankömmt, concerniren.

§. 4.

Die Cauſas Poſſeſſorias unterſcheidet man ferner in *Ordinarias* und in *Summarias*. Denn die Cauſae poſſeſſoriae werden entweder ordinarie tractirt nach den vorgeſchriebenen Regeln und Solennitatibus des Proceſſes, d. i. proceſſu ordinario, oder remiſſis iſtis Solennitatibus i. e. proceſſu ſummario. Die erſtern heiſſen ordinariae, die andern heiſſen ſummariae, deßwegen ſieht man eben, daß auf dieſe verſchiedene Weiſe auch das Iudicium ſich eintheilen läßt. Denn ein jedes Iudicium ſupponirt eine Cauſam, und alſo läßt ſich auch nach dem Unterſchiede der Cauſarum das Iudicium eintheilen. Daher iſt auch das Iudicium vel Civile, vel Criminale, das Civile iſt vel Reale, vel Perſonale, vel mixtum, das Reale vel petitorium, vel poſſeſſorium, idque vel Summarium vel Ordinarium. Und heißt nach obigem Summarium Poſſeſſorium oder *Summariiſſimum*, wie man es auch nennt, ſo viel als dasjenige, in welchem die Cauſa poſſeſſoria remiſſis Solennitatibus vel Regulis proceſſus tractirt wird, um zu verhüten, daß die Parthien nicht zu den Waffen greifen. Das findet alſo ſtatt, wo beym Verzug Gefahr iſt, und wird dabey blos auf das Factum poſſeſſionis oder momentaneam et praeſentaneam poſſeſſionem. und alſo auf die ultimos actus poſſeſſorios quietos geſehen, da hingegen in poſſeſſorio ordinario auf das Ius poſſeſſionis, mithin qualitatem poſſeſſionis, quaenam ſit antiquior quae melior, geſehen wird. Im ſummariiſſimo wird blos unterdeſſen (proviſorie) entſchieden, wer bis zu Austrag der Sache beſitzen ſoll. In einem dieſer Iudiciorum kann einer verlieren und im andern wieder gewinnen. Er kann verlieren in Summariiſſimo, in Ordinario gewinnt er nachdem wieder, er kann in beyden verlieren, in Summario et Ordinario, in petitorio aber kann er wieder gewinnen.

Viertes Buch.

Tit. VIII.

De
Forma procedendi, seu ipso Ordine procedendi in Judicio.

§. 1.

Der Proceß ist oben schon definirt worden, daß er nämlich Ordo in exercenda Iurisdictione contentiosa observandus sey. Iurisdictio contentiosa aber erfordert Causas litigiosas. Daher erfordert auch der Processus Causas litigiosas, und in der Ordnung, wie diese Causae litigiosae tractirt werden, um sie zu Ende zu bringen, mithin den Streit aufzuheben, und einem jeden zu dem zu verhelfen, was ihm der Andre mit Unrecht verweigert, besteht der Proceß. Bey Sachen, die nicht streitig sind, oder der Iurisdictione voluntaria kann also vom Proceß keine Frage seyn. In unserm Proceß ist viel päpstisches, weil die meisten Doktoren, die ihn eingerichtet, in Italien studiret haben. Weil denn der Proceß Causas litigiosas supponirt, und die Causae litigiosae vel Civiles, vel Criminales sind, so ist nun auch pro diversitate harum Causarum der Processus vel Civilis, vel Criminalis.

§. 2.

Der Civilproceß, der bürgerliche, ist derjenige, der bey bürgerlichen Sachen beobachtet werden muß, der Criminalproceß, der peinliche, der bey Untersuchung der Verbrechen eintritt. Von beyden hat Ludovici geschrieben, oder eine Einleitung zu dem bürgerlichen sowohl, als zum Criminalproceß herausgegeben. Von beyden Processen verdient auch gelesen zu werden Schaumburgs Principia praxeos Juridicae Judiciariae. Hofmanns Reichspraxis ist ausser Sachsen noch nützlicher als Schaumburg. Unter die besten practischen Anleitungen gehören Claprothe neueste Einleitung zum bürgerlichen und summarischen Processe. Processus Civilis ist ordinarius oder extraordinarius, jener wird allezeit vermuthet.

§. 3.

§. 3.

Das Judicium wird in Judicium primae, secundae et tertiae Instantiae eingetheilt. Man sagt, die Sache hängt noch in der ersten Instanz, oder in der zweyten, oder es ist bereits in der dritten Instanz gesprochen worden. Da fragt sich, was denn *Instantia* heißt? Antw. Nichts anders als die wirkliche Betreibung einer Klage vor Gericht und das Verfahren darüber. Gleichwie, wenn Jurisdictio contentiosa exercirt werden soll, eine Causa contentiosa erfordert wird, also ist ja auch nöthig, daß dieselbe beym Judice angebracht werde, welches denn per Actionem geschieht. Wenn man nun die Klage in Judicio anbringt, so heißt dieses Anhalten, und was darauf weiter bey den Gerichten vorgeht, Instantia von Instare, wenn man um etwas anhält, daß nämlich die Sache möge untersucht und darinn erkannt werden, was Rechtens. Wie nun die Judicia differiren, und Ober- oder Untergerichte sind, oder überhaupt einander subordinirt seyn können, so hat man auch diversas Instantias erhalten müssen. Deductio enim Actionis, vel causae in Iudicium inferius primum, s u Instantia, quae prima vice facta, das heißt Instantia prima, was bey dem ersten Untergericht vorgeht. Hingegen Deductio Causae in Judicium superius respectu prioris seu Instantia secunda vice facta, die heißt Instantia secunda, wenn man appellirt. Hingegen Deductio Causae, vel Actionis in Iudicium adhuc superius respectu priorum inferiorum, seu Instantia tertia vice facta, heißt tertia Instantia. Z. B. bey den Gerichten, wo ein Oberappellationsgericht ist, da kann man drey Instanzen haben. Z. B. zu Marburg hat man eine Instanz bey dem Oberschultheiß, davon kann man an die Regierung appelliren, das ist die zweyte Instanz, denn da ist ein Judicium Superius, und wenn man nun die Causam litigiosam darein bringt, so heißt das Instantia secunda. Wenn aber in der zweyten Instanz gesprochen wird, und man wird durch die Urthel gravirt, und appellirt nach Cassel ans Oberappellationsgericht, so ist das die dritte Instanz, denn da wird die Actio tertia vice in adhuc superius Iudicium zur rechtlichen Verhandlung deducirt. Woraus man nun auch den Unterschied inter Absolutionem ab Instantia et Absolutionem ab Actione leicht begreift. Es gilt nicht gleich viel, ob einer von der Klage, oder ob er von der Instanz absolvirt ist. Von der Instanz absolviren heißt so viel, als ihn von der Klage, wie sie in Gerichten angebracht worden, absolviren, denn die Klage muß mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten angebracht werden. Sie muß z. B. in einer Schrift, oder einem Libell, der nicht inept ist, oder worinn keine Contradictio enthalten, und der nicht dunkel ist, angebracht

gebracht werden. Sollte das nicht seyn, so kann die Klage angebrachtermassen verworfen werden. Da wird also über das Jus litigantium gar nicht erkannt, sondern bloß über den modum proponendi, oder über die Art, wie Causa litigiosa in Judicium deducirt, processus male institutus cassatur. Wenn hingegen über das Jus litigantium erkannt wird, und weil der Actor kein Jus zu klagen hat, der Reus von seiner Klage absolvirt wird, so kann er nachher weiter nicht klagen, und da sagt man, er seye *ab actione* absolvirt, weil die Klage kein Fundament hat, nämlich kein Fundamentum in Jure, mithin wird dadurch der Reus in perpetuum absolvirt.

§. 4.

Bey dem Proceß nun muß man *Substantialia* und *Accidentalia* distinguiren. Substantialia heißen diejenigen Stücke, ohne welche der Proceß nicht bestehen kann, Accidentalia aber heißen Determinationes, welche wegbleiben können, zum öftern aber doch vorhanden sind. Ad Substantialia nun gehört Supplicatio, das Klagschreiben. Ehemals dictirte entweder der Kläger dem Reo die Klage in die Feder nach unserer heutigen Art zu reden, oder hatte solche schon zu Hauß aufgesetzt, oder führte ihn ad Tabulam dealbatam, und wieß ihm die Formel, die er wider ihn anstellen wollte. Struv betrachtet hier die Supplicationem und Libellum als Eins, da sonst Supplicatio und der Klaglibell von einander differiren. Eigentlich heißt Supplicatio diejenige Schrift, worinn man den Richter bittet, den Beklagten zu citiren. Der Klaglibell aber heißt diejenige Schrift, vermittelst deren man seine Klage in Gerichten anbringt. Deswegen beruft man sich auch in der Supplication auf den Klaglibell, und führt z. B. in derselben an: Aus beyliegendem Klaglibell ist zu ersehen, was maßen ꝛc. und nachdem folgt das Petitum der Supplication: Bitte demnach, den Beklagten zu citiren ꝛc. ꝛc. Hingegen ist das Petitum bey der Klagschrift dieses: Bitte zu erkennen, daß Mevius zu prästiren gehalten, wessen er sich weigert. Das ist also ein ganz verschiedenes Petitum. Heut zu Tage aber werden beyde miteinander cumulirt, und geschieht die Supplicatio vermög des neuesten Reichsabschieds zugleich im Klaglibell, und bittet man also den Richter um zweyerley, 1) den Beklagten zu citiren, 2) zu erkennen, daß er prästire, wozu man nun vermeynt, daß er gehalten sey. Das ist eingeführt, um die Menge der Schriften, folglich auch die Kosten zu verringern, und die Weitläuftigkeiten des Processes abzuschneiden. Der Libell nun muß so verfertigt werden, daß er sich in einen förmlichen Syllogismum resolviren läßt. Denn in dem Klaglibell proponirt der Actor seine Actionem, die darinn besteht, daß er ein Factum vorträgt, wodurch der Beklagte seinem

Recht zuwider gehandelt hat, oder, wenn es in facto omissivo besteht, wodurch er etwas unterlassen, seinem Recht oder seiner Obligationi zuwider. Diesemnach ist ja erstlich nöthig, daß man das Factum anführt, und hernach das Jus proponirt, sodenn ex facto et Jure ein angemessenes Petitum formirt, den Beklagten nämlich zu dem anzuhalten, was dem Facto und Juri gemäß ist, nämlich dahin, um zu prästiren, was die Gesetze mit sich bringen. Das ist nun ein völliger Syllogismus. Denn das Factum giebt den minorem ab, der major ist in Jure enthalten, und die Conclusio ist das Petitum. Soll aber der Judex eines seinem Petito deferiren können, so muß er Judex competens seyn, mithin der Beklagte unter seiner Jurisdiction stehen. Daher muß in der Klagschrift der Name des Richters, des Klägers und des Beklagten ausgedrückt werden, damit der Judex weiß, daß die Klage bey ihm und bey keinem andern Richter hat angebracht werden können, und daß er weiß, wen er citiren, und wer derjenige ist, dem er helfen soll. Das gehört nun zu den Formalien des Klaglibells. Dann wird bey dem Petito noch Imploratio nobilis Officii Judicis hinzugefügt. Denn im Libell, wenn man einem erst ordentlich das Factum vorgetragen, wo es auf Jura ankommt, die Jura dabey allegirt, und endlich das Petitum daraus formirt hat, oder was man von dem Beklagten zu erhalten intendirt, hängt man noch die Clausel *Desuper* an, welches so viel heißt, als: Desuper implorando nobile Domini Judicis Officium, welche *clausula salutaris* heißt, quia salus libelli ab ea dependet, indem sie dieses würken soll, daß wenn etwa der Kläger etwas versehen oder etwas ausgelassen hätte, so nützlich für ihn wäre, oder der Libell vitia an sich hätte, der Richter erstern Falls solche suppliren und in dem andern Fall Nachsicht haben möchte. Wenn man wider jemand klaget wegen einer gewissen Summe Gelds, und man setzet nicht dazu, wie viel es sey, so ist es Libellus ineptus. Enthält er aber clausulam salutarem, so wird ihm noch geholfen. Sie wird deswegen auch Herba Betonica oder Panacea genennt, und lautet also: Worüber und was noch, der Eigenschaft dieser Sache nach, mehr geberen werden möchte, könnte und sollte, darüber will ich das *Nobile Officium Judicis pro administrando largiter Justitiam* implorirer haben. Nobile Officium heißt es in oppositione Officii mercenarii. Kürzer aber wird sie so angehängt: Desuper sub solita Officii Judicis Imploratione beharre ꝛc. Allein wenn etwa aus Versehen etwas ausgelassen worden seyn sollte, so ist der Richter doch ex Officio dazu gehalten, nämlich auf dasjenige zu sehen, was zu suppliren und vergessen worden ist. Daher eigentlich diese Clausel überflüßig ist, denn der Richter thut es schon vermöge seines Amts. Im Codex giebt es einen Titel: Vt quae desunt Advocatis partium, Judex suppleat.

pleat. Allein in Fällen, wo etwas nicht gefordert worden, dem einer doch hat renunciren können, z. B. wenn es auf die Fructus oder Vsuras ankömmt, die einer remittiret, wenn nicht ausdrücklich das Petitum darauf gestellet, kann sie der Richter auch nicht adjudiciren. Dießfalls ist also freylich die Clausula nicht abundans, sondern nützlich, damit, wenn man auch vergessen haben sollte, die Fructus, Expensas oder Vsuras zu bitten, er sie demohngeachtet doch, ob sie gleich nicht gebeten worden, in der Sentenz adjudicire. Sonst aber, wenn gleich diese Clausula in dem Klaglibell vorhanden, in selbigem aber ein Widerspruch oder Dunkelheit enthalten ist, kann es der Richter um deswillen nicht nachsehen, weil der Libell dem Reo communicirt wird, und derselbe daraus ersehen kann, ob er sich lieber in den Proceß mit dem Kläger einlassen oder in Zeiten davon abstehen will. Will er sich einlassen, so kann ihm nicht zugemuthet werden, sich in einen solchen Proceß einzulassen, wo ihm etwas gegeneinander laufendes zugemuthet wird, mithin muß er so lang von der Instanz absolvirt werden, bis der Kläger seine Klage modo legitimo anbringt, wenn gleich in dem Klaglibell obige Clausel, d. i. Imploratio nobilis officii Judicis enthalten seyn sollte. Strycks Disp. de Clausula salutari Libellorum. Bey den Römern war das erste *in Jus vocatio*, die geschah beym Prätor, denn Jus bedeutet hier eine Gerichtsstube, ubi praetor pro tribunali sedens jus dicebat, citatio aber geschah vom Judice Pedaneo. Dieses fällt heut zu Tage weg. Slevogts Dissert. de in Jus vocatione nova et antiqua, Stryck de processu juris antiqui Romani. Heut zu Tage geschehen unsere Citationes publica autoritate, und sind mit keiner Prostitutione, wie bey den Römern, da sie obtorto collo, mit Ergreifung beym Hals, geschahen, verknüpft, sondern man geht nur zum Richter und bittet, daß er möge z. B. meinen Haußherrn citiren lassen. Da ist denn die Ladung (Citatio) derjenige Befehl des Richters an einen, vor Gericht zu erscheinen und auf das wider ihn angebrachte zu antworten, oder kürzer, die auf richterlichen Befehl geschehene Vorforderung vor Gericht. Wenn der Richter eine Citation an einen erläßt, so ist es ein Befehl, wodurch er dem Citato injungirt, zu erscheinen und sich einzulassen, oder auf das zu antworten, was in Gerichten gegen ihn vorgebracht worden. Es ist solches aus der Absicht eingeführt worden, daß der Citatus Zeit gewinnen möchte, sich zu bedenken, ob er sich lieber in den Proceß einlassen oder transigiren wolle, und damit er sich auch bedenken kann, was er antworten will. Aus welcher Ursache die Citatio ein Substantiale Processus ist, dergestalt, daß wenn schon würklich der Beklagte bey dem Richter seyn sollte, er doch noch, wenn er allda belangt wird, besonders citirt werden muß, damit er nämlich Zeit bekomme, sich auf beyde

Fälle zu bedenken. Solchergestalt kann die Citatio nicht ausgelassen werden ohne Nichtigkeit des Processes. Es ist eine Nullität, wenn keine Citatio erlassen seyn sollte. Aus dieser Absicht der Citation sieht man gleich, wie dieselbe beschaffen seyn müsse, weil sich nämlich der Reus auf beyde Fälle soll präpariren können. Denn Citatio muß in sich enthalten erstlich den Namen des Judicis, 2) den Namen des Rei, 3) den Namen des Actoris, 4) den Ort, wohin die Citatio geht, und 5) die Zeit, da die Erscheinung geschehen soll, weil alles dieses der Beklagte wissen muß. Er muß erstlich wissen, wer der Richter ist, der ihn vorladen läßt, damit er weiß, ob er zu pariren und zu erscheinen gehalten sey oder nicht, denn wenn ein Judex incompetens eine Citation an einen ergehen läßt, so darf man nicht erscheinen, indem es heißt: Judici incompetenti impune non paretur, dem darf man nicht pariren, weil man deswegen doch nicht gestraft wird. Hiernächst muß er wissen, wer ihn citiren läßt, damit er weiß, ob derselbe personam standi in Judicio hat. In der ersten Citation müssen aller einzelnen Beklagten Namen ausgedrückt seyn, in der andern nur der erste, und die andern sub nomine der Consorten. Er muß ferner wissen, ob er gewiß belangt oder verklagt worden, und nicht etwa ein Irrthum vorgegangen, daß man einen andern gemeynt, als welches auch in der Citation muß exprimirt werden. Er muß aber auch den Ort wissen, wo er erscheinen soll, damit er weiß, ob es ein sicherer Ort ist, sonst hat er Exceptionem loci non tuti. Eine jede Citatio trägt zwar Sicherheit auf dem Rücken, welches aber nur so viel auf sich hat, daß einer sicher vor Gericht gehen kann, allein nicht herab. Deswegen muß einer, der letzteres befürchtet, Exceptionem loci non tuti einwenden, und sich einen Salvum conductum geben lassen. Er muß auch den Termin wissen, wann er erscheinen soll, denn so sieht er ja, ob der Termin allzukurz anberaumt ist oder nicht. Wenn er z. Ex. nöthig hat, noch allerhand Urkunden herbeyzuschaffen, so kann er um prorogationem termini ansuchen. Er muß auch Causam citationis wissen, oder sonst verlangen, daß sie ihm bekannt gemacht werde, welches auf zweyerley Weise geschehen kann, indem man ihm den Libell schickt oder communicirt, aus welcher Absicht in vielen Gerichten eingeführt ist, als wie z. B. bey dem kaiserlichen Reichshofrath, daß die Schriften in duplo eingegeben werden müssen, einmal fürs Gericht, das anderemal der Communication halber, damit man nicht erst Abschrift nehmen lassen und dafür etwas ausgeben muß. Wenn nun der Klaglibell zusammengelegt eingegeben worden ist, so wird hinten auf die Seite oder in Dorso die Citation geschrieben, nämlich es wird hinten hingesetzt, daß dieß hiermit communicirt werde sub termino Comparitionis auf den und den Tag. Hernach setzt der Richter seinen Namen darunter. Das darf nun nicht immer

das

das Nomen Proprium Judicis seyn, sondern das Nomen Officii ist genug, z. B. wenn einer nur darunter setzt: Prorector, so ist es schon genug, und braucht er seinen Namen nicht einmal dazu zu setzen. Es ist auch nicht einmal nöthig, daß man den Ort ausdrückt, sondern es versteht sich von selbst, daß in loco ordinario Judicii die Comparitio geschehen müsse. Sonst aber kann auch eine specialis citatio erlassen werden, und kann man sich auf den Libell berufen, was maßen nämlich der Kläger gegen den Beklagten eingekommen, und man specificirt hernach die Umstände, die er anführt. Darauf ergeht die Citatio in Worten: Solchemnach laden, heischen und citiren wir euch auf den 15ten April, daß ihr erscheinet, und euch auf die erhobene Klage einlasset. Sodann ist noch nöthig, daß die Citatio legitime insinuirt werde. Denn es ist nicht genug, daß man citirt worden ist, sondern es muß einem auch die Citatio insinuirt worden seyn, sonst weiß man nichts davon, und sie kann keine Wirkung haben. Damit man nun die Insinuation nicht negiren kann, so gebraucht man Personen dazu, die beeidigt sind und also Glaubwürdigkeit haben. Wenn diese de facta insinuatione attestiren, wird ihnen geglaubt. Dazu sind eben die Nuncii, Gerichtsbothen und Kanzleybothen eingeführt, welche die Citation insinuiren müssen, wohin auch die Kammerbothen bey der Kammer gehören, die den Partheyen die Citationen insinuiren, und hernach ad Acta de facta Insinuatione referiren. Wenn sie ein solches Attestat ertheilen, oder Relation erstatten, so wird denselben geglaubt, der andere mag es läugnen oder nicht, genug, daß es beeidigte Personen attestiren, die ihres Eids halber Glauben verdienen. Ein Notarius kann nicht insinuiren, es müssen allemal zwey Zeugen dabey seyn, oder es müssen zwey Notarii die Insinuation verrichten, die statt der zwey Zeugen sind. Derjenige, so die Citation bewerkstelliget, muß sich ein Recipisse geben lassen, daß dem Citato die Citatio richtig in die Hände geliefert worden sey.

§. 5.

Citatio wird in *publicam* und *privatam* eingetheilt. Privata wird wieder subdividirt in realem et verbalem. Publica citatio heißt diejenige, quae ita fit, ut ad omnium notitiam pervenire possit, die so geschieht, daß jedermann Notiz oder Erfahrung davon bekommen kann, und also ist publica citatio, die in loco publico geschieht, z. B. wenn sie ans Rathhauß, an das schwarze Brett, oder an die Kirchenthüren angeschlagen, oder, wie in Consistorialibus, von der Kanzel abgelesen wird. Denn da bekommt jedermann Nachricht davon. Nun ist es freylich etwas gehässiges, wenn einer dergestalt citirt wird, daß es jedermann erfährt, daher kann man zu dieser Citatione publica nicht

schrei-

schreiten, als in dem Fall, wo sie in subsidium nöthig ist, wenn nämlich die citatio privata nicht angeht. Es heißt aber citatio privata, welche privatim, das ist, dergestalt geschieht, daß nicht jedermann Nachricht davon bekommt, diese geschieht nun gewöhnlichermassen mündlich oder schriftlich. Aber manchmal ist citatio publica nöthig, weil man nicht immer mit der privata ankommen kann, denn manchmal verbirgt sich der Beklagte, und läßt sich nicht antreffen. Da gehet zwar an, daß man die Citation denjenigen insinuiren kann, die zu seiner Familie gehören, oder seinem Gesinde, wenn aber auch dieses sie nicht annehmen will, oder sie ihnen sonst nicht beygebracht werden kann, so wird sie an die Thüre geheftet, welcher Casus aber selten ist, weil es ihm zur Prostitution gereicht, er muß ja doch endlich kommen, und in sein Haus gehen, oder jemand von den Seinigen. Allein auch manchmal geht das nicht an, wenn etwa einer dem Bothen so droht, daß eine Lebensgefahr dabey ist. Da kann man ihn denn publice citiren, und schlägt die Citation an die Kirchenthüren oder an das Rathhaus an, welches so viel ist, als wenn er zu Haus wäre citirt worden. In dem Fall nun, wenn die Citatio in Gegenwart des Beklagten geschieht, oder insinuirt wird, so sagt man, quod in faciem fuerit facta, sonst aber, quod ad aedes fuerit facta. Ausser diesen Fällen aber, wo privata citatio nicht statt findet, kann auch die publica noch in andern Fällen gebraucht werden, nämlich wo man den Vorzuladenden nicht kennt, wie bey Concursprocessen, wo die Creditoren ungewiß sind, und man nicht weiß, wer an den Schuldner, über dessen Vermögen ein Concurs entstanden ist, zu fordern hat. Deswegen citirt man sie alle im allgemeinen oder öffentlich, und zwar dahin, daß wer eine Forderung habe, kommen, und sie in Rechten ausführen solle. So ist es auch bey der actione ex lege diffamari. Wenn sich z. B. viele rühmen, daß Mevius ihnen viel schuldig wäre, und er solches nicht auf sich sitzen lassen will, so stellt er deswegen actionem ex lege diffamari an, wo sodenn die Citation publice geschieht. Denn man weiß nicht, wer sein Creditor ist, und macht es deswegen öffentlich bekannt, damit ein jeder kommen kann, der an ihn eine Forderung zu haben glaubt. Wer aber ausbleibt, dem wird nachher ein ewiges Stillschweigen auferlegt. Struv hat hierbey gemeynt, daß die Creditoren in diesem Fall vor dem höchsten Richter erscheinen müßten, es ist aber nicht an dem, denn sie werden hier provocirt als Actores und nicht als Rei. Nun ist aber aus obigem bekannt, daß die provocati in Foro provocantis als in Foro Rei erscheinen müssen. Actor vero sequitur Forum rei. Solchemnach müssen sie, wenn eine Edictalcitation erlassen wird, in Foro Debitoris erscheinen. Gleichermassen findet auch Citatio publica statt, wenn der Citandus ein Vagabund ist, z. Ex. wenn der Mann die Frau verläßt,

läßt, und man nicht weiß, wo er sich aufhält, so kann man ihn nicht privatim in faciem citiren, oder ihm die Citation ins Haus schicken, sondern es ist kein anderes Mittel übrig, wenn man haben will, daß er erscheinen soll, als man muß ihn öffentlich in den Zeitungen citiren. Und in dem Fall pflegt eben deswegen die Citation in dreyer Herren Ländern zu geschehen, damit er desto eher von der Citation Nachricht erhalten möge, und also um destoweniger sich beschweren könne, wenn auf sein Nichterscheinen gegen ihn in contumaciam verfahren wird. Peter Schulz Diss. de citatione edictali. Citatio privata realis aber heißt diejenige, da einer sogleich ergriffen und gesetzt wird. Diese ist nun wieder nachtheiliger. Deswegen muß man wieder nur im äussersten Falle dazu greifen, nämlich wenn einer der Flucht verdächtig ist. In Criminalibus nun ist einer allemal der Flucht verdächtig, daher findet sie in Criminalibus immer statt. Allein in Civilibus findet sie nur statt, wenn einer keine Bona immobilia hat. Sonst aber, wenn einer Bona immobilia hat, oder Caution stellt, so ist er de fuga non suspectus. Denn läuft er davon, so ist die Caution verloren, mithin wenn er in dem Fall auch würklich arretirt worden seyn sollte, muß er doch gegen Caution in causis civilibus allemal loß gelassen werden, selbst auch in Criminalibus, wo es auf eine bloße Geldbusse ankömmt, denn da heißt es: Cautio est medicina Arresti. Wo es aber auf eine schwere Strafe ankömmt, z. Ex auf Staupbesen, oder wohl gar auf eine poenam capitalem, da läßt einer eher die Caution und alle Bona immobilia im Stich, als daß er bleibt, wenn es ihm an Haut und Haar gehen soll. In Wechselsachen hat diese Citatio realis auch statt. Es wird einer citirt, einen Wechselbrief zu recognosciren, kommt er nicht, und der Actor beschuldigt seinen Ungehorsam, so wird er noch einmal citirt. Kommt er wieder nicht, so wird er geholt, weil hier persönliche Gegenwart des Schuldners nöthig ist. Hierauf gedenket Struv auch noch etwas von der Citatione singulari in Camera, die darinn besteht, daß, wenn einer contumacirt worden, er noch dreymal unter freyem Himmel oder vom Fenster hinaus auf die Kammer citirt wird, welches Proclama heißt, wovon bey den Kameralisten das mehrere zu finden ist. Ausserdem wird auch die citatio in *mediatam* et *immediatam* eingetheilt. *Immediata* heißt diejenige, die vom ordentlichen Richter an die seinem Gerichtszwang Unterworfenen ergeht, *mediata* aber, die der Richter durch Requisition eines andern Richters, dessen Gerichtszwang der Vorzuladende unterworfen ist, geschieht. Z. B. wenn in Marburg der Rector einen Bürger citiren lassen will, so geht nicht citatio immediata an, denn ein Bürger steht nicht unter dem Rector, es geht doch aber wohl mediata citatio an, nempe mediante Magistratu civico, z. B. wenn er den Oberschultheiß requirirt, so sistirt

er ihm den Bürger, und den kann er abhören lassen. Auf dergleichen Requisitoriales pflegen daher fremde Unterthanen gestellt zu werden, und besonders in causis criminalibus, wo es viel auf die Confrontation ankommt, so daß es nicht genug ist, daß der Zeuge nur vor seinem Gericht, wo die Inquisition nicht ist, abgehört werde, sondern manchmal der Zeuge mit dem Inquisiten confrontirt werden muß, welches nicht anders angeht, als wenn man ihn mediantibus litteris requisitorialibus erhalten kann. Schacher de Citatione. Wernher de Citationibus, aliisque Processus judiciarii capitibus. Thiele de citatione Judicis incompetentis.

§. 6.

Zuweilen werden anstatt der Citation Mandata, und zwar vel sine vel cum clausula erlassen. Diese heissen, wodurch man einem auferlegt, zu erscheinen, oder falls er Exceptiones juris einzuwenden habe, er dieselben beybringen könne. *Mandata sine clausula* aber heissen diejenigen, wodurch man einem auferlegt, zu pariren, ohne Einrede, remota exceptione, nisi sit exceptio facti, seu sub- et obreptionis. Da wird also einem weiter keine justificatio permittirt, denn exceptio sub- et obreptionis bleibt allzeit auch contra mandata sine clausula in salvo, und wenn Mandata erschlichen sind, so können sie nicht gelten. Ueberhaupt hat man die Regel, wenn einer pro se jus commune hat, so kann er gleich anstatt der Citation um ein Mandat bitten. Z. B. es hat einer einen Kaufbrief, und er klagt daraus, producirt also den Kaufbrief bey dem Richter, da wird sogleich bey Strafe ein Mandat ertheilt, daß nämlich der Beklagte mir die Sache einräumen, oder binnen vier Wochen seine Exceptiones beybringen solle. Bringt er bündige Exceptiones bey, so ist es gut, und wird das Mandat cassirt. Kann er aber binnen vier Wochen keine beybringen, so verfällt er in die dem Mandat einverleibte Strafe. Dadurch ist freylich der Proceß gar sehr verkürzt worden, und kann man geschwinder einem durch diese Mandata helfen, als wenn es erst zu einem ordentlichen Proceß käme. Wenn hingegen einer in jure singulari sich gründet, so muß er per Processum ordinarium verfahren, und fängt der Proceß von der gewöhnlichen Citation an. Die Mandata S. C. ergehen in vier Causis generalibus. Es lassen sich solche nach der Kammergerichtsordnung Tit. 23. darauf reduciren, wenn nämlich periculum in mora, oder die Sache celerrimae expeditionis ist, denn es ist überhaupt zu merken, daß in diesen Fällen ehemals die Interdicta apud Romanos statt gefunden haben, der Mandatproceß aber ist aus dem Interdictproceß der Römer entstanden. Wo daher dieser statt findet, hat auch noch heut zu Tage der Mandatproceß Platz. Es waren

aber

aber die Causae Edictorum lauter causae celerrimae expeditionis, daher auch heut zu Tage noch der Mandatproceß lauter Causas celerrimae expeditionis erfordert, wohin 1) gehört, wenn der Beklagte etwas gethan, so sich nullo jure justificiren läßt, z. B. es hat ein Status Imperii den andern mit gewaffneter Hand angefallen, so ergeht sogleich gegen ihn ein Mandatum sine clausula, dem er simpliciter pariren muß. Nächstdem ist eine Causa celerrimae Expeditionis, wo utilitas publica lädirt werden könnte, wenn nicht geschwind geholfen würde, z. B. wie in dem Fall, wenn einer zum Behuf seiner Mühle ein Wehr im Fluß bauen will, wodurch aber der Fluß aufhört schiffbar zu seyn. Da leidet das Publicum darunter, und ist also wieder die Causa celerrimae Expeditionis, und also ad Mandatum sine Clausula qualificirt. Gleichergestalt, wo periculum in mora ist, da ist auch Causa celerrimae Expeditionis, z. B. wenn der Mann die Frau dergestalt hart tractirt, daß sie Lebensgefahr bey ihm ausstehet, da wird wieder ein Mandatum sine clausula gegen ihn erkannt, wogegen er sich nicht justificiren darf. Heinr. Coccejus hat de abusu Mandatorum S. C. geschrieben, Gerdes de Mandatis cum et sine clausula, Hartmann de usu limitato Mandatorum sine clausula Caesarea Imp. Aul. Consilii et Camerae.

§. 7.

In dem Oberhofgericht in Sachsen ist es fast in materia possessionis, wie mit den Mandatis. Erstlich läßt dasselbe ein Monitorium ergehen, daß sich Beklagter so verhalten möge, wie er es im Stande Rechtens verantworten könne, folget er, so ist der Proceß aus, sonst erfolget eine Inhibitio cum vel sine clausa. Auch ausser Sachsen kann man eine solche Inhibition suchen. Ich stelle z. B. vor, wie ich von 2, 3, und noch mehr Jahren her in geruhigem Besitz mich befinde, mein Vieh auf des Cajus Felder zu treiben und zu weiden, er unterstehe sich aber, jetzt vor seine Felder Graben zu machen, auch gar meinem Hirten zu befehlen, sich der Huth zu enthalten, weil nun dieses eine offenbare Turbatio sey, so bitte, Beklagtem solches bey einer namhaften Strafe zu inhibiren.

§. 8.

Struv hat oben Actionem seu Libellum cum ipsa Supplicatione pro decernendo Processu confundirt, da doch diese bloß darauf geht, daß eine Frist bestimmt und der Beklagte vorgeladen werde, daher er hier proponirt, was Libellum angeht. Wenn nun oben ad §. 4 gesagt worden, daß derselbe in einem Syllogismo bestehe, so ist solches so zu verstehen, daß der Li-

bell zwar dergeſtalt gemacht werden muß, daß er ſich allemal von einem Verſtändigen in einen Syllogiſmum reſolviren läßt, deswegen aber iſt doch derſelbe nicht ſyllogiſtice, oder durch quicunque, atqui, ergo etc. zu verfaſſen, ſondern es heißt nur ſo viel, er muß einen Schluß in ſich halten, die praemiſſae müſſen alle ordentlich auf einander folgen, und zwar muß natürlich darinn geſchloſſen werden, folglich muß man von dem Minore, als von der facti ſpecie anfangen, darauf kömmt der Major, der das Jus in ſich enthält, und das Fundamentum actionis iſt. Wenn denn in Rechten klar verſehen, in hoc caſu nempe unter den oben angeführten Umſtänden, als bitte in Rechten zu erkennen, daß alſo die Concluſio das Petitum iſt, ſo ex natura actionis genommen werden muß, ſo iſt damit freylich alles der Sache nach obſervirt, was bey einem Syllogiſmo obſervirt wird, obgleich kein förmlicher Syllogiſmus, nämlich den Worten nach, darinnen vorgetragen wird. Jedoch kann auch Libellus omiſſa Majore per modum Enthymematis formirt werden. Titius iſt mir 100 Thaler ſchuldig, folglich bitte, ihn zu der Bezahlung anzuhalten. Was endlich noch cauſam petendi in Libello anbetrift, ſo iſt zu diſtinguiren inter actiones reales und perſonales. In realibus iſt genug, cauſam proximam oder generalem anzuführen; in perſonalibus aber nicht, ſondern da muß remota ſive ſpecialis beygebracht werden. Generalis iſt die Bemerkung der Befugnis, cauſa ſpecialis aber fundamentum juris ſeu Titulus. Wenn ich ſage: Ich bin Herr oder Erbe, ſo iſt es cauſa generalis, wenn ich aber dabey ſage, ich habe dieſe Sache geſchenkt bekommen, ſo iſt Tituli allegatio cauſa ſpecialis. Im erſtern Fall berührt man ſein Recht nur überhaupt, wenn daher der Beklagte losgeſprochen wird, ſo kann der Kläger nicht weiter klagen, wie er es hingegen im andern Fall thun kann. Denn er kann nun einen andern beſondern Grund anführen. Das Petitum kann endlich auch alternativum ſeyn, ohne daß Libellus ineptus genennt wird, indem es deswegen doch certum ſeyn kann. Wenn z. B. ein Weibsbild ſtuprirt worden, ſo iſt ſtuprator alternative obligirt, ſie entweder zu heyrathen, oder ſie zu dotiren, alſo kann ſie alternative auf beydes klagen. Ferner wird Libellus in *articulatum* et *ſimplicem* eingetheilt. Articulatus heißt derjenige, in dem das Factum Artikelsweiſe vorgetragen wird, z. Ex. Als erſcheine hiermit, und bringe klagend vor, 1) wahr zu ſeyn, daß Titius einen Pachtcontract mit mir errichtet, 2) wahr zu ſeyn u. ſ. w., je nachdem Articuli gemacht werden können, da giebt ein jeder Umſtand des Facti einen Artikel, oder eine beſondere Propoſition ab. Dieſer Libellus articulatus iſt in Proceſſu civili per Receſſum Imperii de Anno 1654., §. 37 64. abgeſchafft, und ſub poena nullitatis verbothen, weil er zu vielen Weitläuftigkeiten Anlaß

giebt,

giebt, oder die Processe nur verlängert, denn es darf der Reus nur ohne Scheu negiren, so wird er dem Kläger sehr viel zu beweisen aufbürden. Es machte auch oftmals der Beklagte viele Umstände, ehe er sich auf die Klage einließ, denn es entstund viel Streit darüber, an articuli sint pertinentes, relevantes, concludentes, hinc ad abbreviandas quodamodo lites istiusmodi Libelli prohibiti. Hingegen in Criminalibus und processu accusatorio ist er beybehalten, denn es schadet die Weitläuftigkeit nicht, wo es auf des Menschen Leib und Leben ankommt. Es kann ein Inquisit desto förmlicher auf die Fragen antworten, als wenn das Factum nur generaliter und nicht Artikelsweise vorgebracht wird.

§. 9.

Reconventio heißt auf teutsch Widerklage, und ist diejenige Actio, welche der Reus in seinem Gericht gegen den Actorem anstellt. Z. B. Titius belangt mich auf eine Summe von 1000 Rthlr. vor meinem Gericht, welches ich erkennen muß, ich kann mich also nicht weigern, ihm allda zu stehen. Hingegen habe ich eine Gegenforderung an ihn ex vendito, ich habe ihm z. B. so und so viel Hufen Lands verkauft, die er mir nicht bezahlt, da kann ich in dem Foro, wo er mich belangt, zugleich auch ihn wieder belangen, ob es gleich sonst heißt: Actor sequitur forum Rei. Es ist solches sehr billig, denn wenn ich angehalten werde zu bezahlen, so ist billig, daß auch er angehalten werde zu bezahlen, und es wäre unbillig, wenn ich ausser Lands hinaus mich mit meiner manchmal sehr liquiden Forderung weisen lassen sollte. Erkennet er den Richter für sich in meiner Sache, so muß er auch denselben gegen sich in seiner Sache erkennen. Er kann sich nicht herausnehmen, den nämlichen Richter, obzwar in verschiedenen Händeln, einmal zu approbiren und dann zu recusiren. Daher hat hier exceptio judicis incompetentis nicht statt, sondern er muß sich wegen der eintretenden prorogationis necessariae jurisdictionis einlassen, ausser er klage bloß in anderer Namen. Ein Advocat ist z. B. dem Mevius 100 Rthlr. schuldig, nun soll er ihn des Titius halber verklagen, kann Mevius eine Widerklage contra Advocatum anstellen? Nein, denn er klagt nomine alieno, Namens seines Clienten. Woraus sich sogleich eine Regel ergiebt, welche Sachen der Richter in Ansehung der Vorklage (conventionis) nicht entscheiden kann, dieselben gehören auch Widerklagsweise nicht vor ihn, daher Causae matrimoniales coram Judice seculari per modum reconventionis nicht tractirt werden können. Diese Klage heißt Reconventionsklage, und die Schrift, welche eingegeben wird, Libellus Reconventionis. Dieser Libellus Reconventionis wird eben so eingerichtet, als ein anderer Libell,

und gewöhnlich an die Exceptionsschrift angehängt. Wenn ich z. B. in meinem Foro verklagt werde, so erscheine ich. Habe ich hingegen wieder eine Klage gegen meinen Actorem, so excipire ich auf seine Klage, hänge aber der Klage sogleich Libellum Reconventionis an. Nach dem Jure communi nun wird die Causa Conventionis und Reconventionis im nämlichen Proceß abgethan, damit der Reus nicht eher angehalten werden kann, den Actorem zu befriedigen, als bis auch der Actor ihn befriediget hat, damit der Actor dadurch gezwungen werden mag, den Reum zu bezahlen, denn sonst könnte er manchmal fordern, daß der Judex des Rei ihm helfen sollte, hingegen müßte der Reus hernach erst lang herum laufen, und manchmal viele Reisen thun, bis er ihn anträfe. In Sachsen aber wird dieser Processus simultaneus nicht beobachtet, sondern allda erst die Conventionssache abgethan, alsdenn die Causa Reconventionis, und nur wegen der Reconventionis ab Actore Caution prästirt. Heut zu Tage, wenn es Verwirrung absetzen könnte, pflegen Causa Conventionis und Reconventionis auch separirt zu werden, und wird der Actor angehalten ad Cautionem de Reconventione, daß er nämlich auch ratione Reconventionis in eodem foro stehen wolle. Sonst wenn es angeht, simultaneo Processu die Causam Conventionis und Reconventionis zu tractiren, so ist keine Hinderniß vorhanden, im Gegentheil ist es billig, daß man beyde Causas simultaneo processu tractirt. Dabey kömmt nun auch manchmal vor, daß man auf klare Briefe und Siegel agirt, und also bittet, den Gegentheil ad recognoscendum anzuhalten, daß er nämlich seine Hand recognoscire. Recognoscirt er sie, so muß er auch bezahlen, und findet keine Exception statt, z. B. daß er eine Quittung noch produciren darf. Jedoch kann er den Kläger in der Reconvention wieder belangen, und zu solchem Ende das gezahlte Geld gerichtlich deponiren, bis der Actor Caution stellt.

§. 10.

Nun kommen wir auf die Accidentalia Processus, denn ex Accidenti trägt sich auch viel beym Judicio und Processu zu. So ist z. B. nicht nothwendig bey einem Proceß, daß Contumacia begangen werde, wenn nämlich der Actor und Reus contumaces sind, sondern das trägt sich nur ex accidenti zu. Contumacia (Ungehorsam) heißt, wenn man das nicht thut, was im Gerichte hätte geschehen sollen, die *vera*, vel *praesumta* ist. Contumacia vera heißt, welche ex dolo oder proposito entspringt. Contumacia praesumta aber heißt diejenige, welche ex absentia geschlossen wird. Z. B. wenn einer erklärt, er parire nicht, es mögen noch so viel Citationen an ihn ergehen,

so

so ist es Contumacia vera. Hingegen, wenn einer auf die erlassene Citation nicht erscheint, sondern wegbleibt, oder das auferlegte nicht erfüllt, so wird daraus Contumacia präsumirt, und das heißt contumacia praesumta. Unterdessen kann einer unhintertreibliche Hindernisse gehabt haben, die ihn abgehalten, und wenn denn solche unvermeidliche Hindernisse vorhanden gewesen sind, so kann er sie allegiren und seine Contumaciam dadurch purgiren, wohingegen bey der contumacia vera solches nicht statt findet. Vom vero contumace heißt es, er kann weder appelliren noch sich entschuldigen, wohl aber kann es der contumax praesumtus. Was die modos coercendi contumaciam anlanget, so giebt es derselben vielerley, nach der Verschiedenheit der Contumaciae selbst. Denn es kann sowohl der Reus, als Actor contumax werden, und der Actor sowohl ante, als post litis contestationem. Contumacia Actoris ante Litem contestatam muß zuerst in Betracht gezogen werden, denn manchmal belangt einer den andern, und nachher, wenn ein Termin angesetzt worden, da der Reus erscheinen soll, bleibt er aus. Dadurch verursacht er dem Reo Unkosten, mithin ist das ein modus coercendi contumaciam alterius, daß er angehalten wird, die Unkosten zu ersetzen, und daß er nicht eher gegen den Reum gehöret wird, als bis er dieses gethan hat. Der Reus bittet auch, ihn von der Instanz zu entbinden, und muß derselbe annebst inskünftige gegen den Actorem versichert werden, weil er sich schon durch sein erstes Ausbleiben verdächtig gemacht hat. Daher findet auch cautio de prosequenda lite als der zweyte modus coercendi contumaciam Actoris statt. Wenn er aber post litis contestationem contumax ist, und Litem nicht prosequiren will, so ist ein Modus, ihn zu zwingen, daß der Richter doch in contumaciam ipsius fortfährt. Er hat z. B. den Mevius auf eine Summe von 100 Rthlr. belangt, Mevius opponirt Exceptionem solutionis, der Richter also legt diesem probationem illius Exceptionis auf, so kann er auch, nachdem er Actorem in Expensas condemnirt hat, für oder gegen ihn, nach Befinden der Umstände, sprechen, und also in der Sache so verfahren, als wenn der Actor erschienen wäre. Er kann ihn aber auch citiren sub poena desertae Litis, falls er sich nämlich gar nicht sistiren will, sondern sich immer aus dem Staub macht, wenn ihm eine Citation insinuirt werden soll. Wie wird nun aber der Reus als contumax bestraft? da es heißt: reorum est fugere, oder: sie suchen immer den Proceß aufzuhalten. Der erste Modus ist, daß er pure, hernach sub poena contumaciae, ferner oder zum drittenmal bis auf die Ehehaften, (es kommt dieses Wort aus den alten zwey Worten her Ehe oder Lex, und Haften, impedimenta bedeuten demnach so viel, als legitima impedimenta,) citirt wird, welch letzterer so zu verstehen ist, daß er, warum er

nicht

nicht erscheint, legitima Impedimenta beybringen soll. Endlich wird er auf die Hülfe citirt, da wird es angesehen, als hätte Reus alles gestanden, und die Executio geht vor sich. So sagt Struv. Allein das ist ein ganz besonderer Modus citandi, der bey dem Processu ordinario nicht statt findet, sondern bloß bey dem Processu Desertionis et Banni statt hat. Der gewöhnlichste modus coercendi Contumaciam Rei ist, daß er citirt werde sub poena Confessi et Convicti, d. i. daß man ihn ansieht, als hätte er das gegen ihn vorgebrachte eingestanden, oder als wenn er dessen überführt worden wäre, und in Processu executivo sub poena recogniti, d. i. als wenn er die Handschrift oder Urkunde anerkannt hätte. Bleibt er aus, so wird er pro confesso, und das Document pro recognito gehalten. Bey andern Processen aber wird nach Art der Causae verfahren, z. B. sub poena liquidi, u. dgl. denn wenn man dasjenige, was er in Judicio hätte thun sollen, für gethan hält, es mag auch gleich ein Praejudicium für ihn daraus entstehen, so ist seine Contumacia genug gestraft. Bey alledem nun, wenn diese Strafe der Contumaciae statt finden soll, z. B. daß in praejudicium totius Causae ob contumaciam gesprochen werden soll, in welchem Fall es manchmal heißt sub praejudicio, daß nämlich die Citation geschehe, so wird doch allemal erfordert, daß der Contumax ob Contumaciam angeklagt worden, oder eine Ungehorsamsklage vorhergegangen ist, oder, wie man sagt, daß der Contumax contumacirt worden. Unter der Formel z. Ex.: Kläger hätte vermeint, es würde Beklagter in heutigem Termino erschienen seyn, weil aber solches unterblieben, und Beklagter Klägern den ganzen Tag vergebens warten lassen, als beschuldige Kläger Beklagten Ungehorsams, und bitte, hierauf zu erkennen, daß Beklagter sub poena confessi et convicti sich auf die erhobene Klage einzulassen, zu antworten, und den Krieg Rechtens zu befestigen, wie er solches für jetzo nicht gethan, die Unkosten dieses Termins Klägern zu erstatten schuldig. Denn es kömmt hauptsächlich auf das Interesse des Partis adversae an, das er nachsehen kann. Daher muß er bitten, nachdem er die Insinuationem Citationis erwiesen hat, daß Reus in die verwürkte, nämlich in die der Citation einverleibte Strafe, als das Praejudicium in Ansehung der ganzen Sache, möge fällig vertheilt werden, in welchem Fall aber, weil es etwas hartes ist, wenn einer bloß ob Contumaciam verlieren soll, ihm erlaubt ist, per quaevis Impedimenta sich zu excusiren, wenn sie auch noch so toll sind. Denn es heißt: fatua causa quoque excusat a Dolo. Denn wenn einer propter Contumaciam sachfällig werden soll, so wird eine Contumacia vera erfordert, folglich Dolus, oder daß einer vorsetzlicher Weise, und dem andern zum Schaden, nicht hat erscheinen wollen, um ihm sein Recht vorzuenthalten. Von einem solchen Dolo excusirt einen

eine

eine jede Ursache, wenn sie auch noch so närrisch wäre, wenn sie nur einen abgehalten hat, ob sich gleich einer nicht hätte davon sollen abhalten lassen, denn sie liberirt doch a Dolo, daß er nicht ausgeblieben, um dem andern sein Recht vorzuenthalten. Was legitima Impedimenta sind, ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Morbus sonticus aber gehört gewiß dahin. Levis febricula excusirt nicht. Stryck hat de Impedimentis legalibus eine Diss. geschrieben, Wildvogel de eo, quod justum est circa tempestatem. Endlich wenn der Defunctus contumax gewesen, so kann die contumacia dem Erben nichts präjudiciren, daher kann dieser auch nicht condemnirt werden, weil es ein Verbrechen ist, aus Verbrechen des Vorfahrers aber der Erbe nicht verbunden ist, es wäre denn, daß defunctus schon bey Lebzeiten wäre in die Kosten condemnirt worden, da können sie vom Erben gefordert werden, weil sie anzusehen sind als eine Schuld, zu deren Abführung aber der Erbe gehalten ist. Conf. Krause de reo contumace ad legitima impedimenta condemnato. Schwarz de Contumaciae accusatione et purgatione. Hofmann de legitimis impedimentis.

§. 11.

Das zweyte Accidentale Judicii ist die Dilatio. Dilatio heißt so viel, als was man sonst einen Termin nennt, manchmal aber und gemeiniglich prolongationem, oder prorogationem Termini. Terminus aber heißt ein gewisser Zeitraum, innerhalb dessen etwas geschehen soll, oder eine Frist, innerhalb welcher einer in Gerichten erscheinen, und der Beklagte sich auf die erhobene Klage einlassen soll. Wenn der Termin zu kurz ist, daß man anhalten muß, daß er verlängert werde, heißt es *Dilatio*, wenn aber bloß einige Verlängerung des noch nicht ganz abgelaufenen Termins gestattet wird, *prorogatio*. Durch viele Di ationes nun kann man eine Sache sehr aufhalten, welches auch das Hauptmittel ist bey der Kammer zu Wetzlar, daß so viele Dilationes gesucht werden, wenn man eine Sache gern lang herum ziehen will. Gleichwie im Gegentheil ein Mittel ist, die Processe allda abzukürzen, wenn man die Termine kurz und bald sub praejudicio setzt, die Partes auch die angesetzten Termine genau beobachten, und durch ihre Procuratores die Terminatores betreiben lassen. Unterdessen kann man es doch manchmal nicht verhüten, und das erstemal, wenn man um eine Dilation ansucht, wird es einem nicht leicht abgeschlagen, noch vielweniger untersucht, was es für eine Ursache haben möge, sondern man glaubt gleich auf blose Erzählung die Ursachen, die vorgebracht werden. Auch wird die Fristgestattung daraus stillschweigend gefolgert, wenn der Richter die Supplik ohne Bescheid zu den Acten legt, oder darauf schreibt:

ad Acta. Jedoch admittirt auch Carpzov leviorem causae cognitionem in danda prima dilatione, so zu billigen ist, um die Processe abzukürzen. Wenn aber einer das zweytemal kömmt, so hat es schon mehr zu sagen, denn da macht er sich schon mehr verdächtig, daß er etwa bloß durch die Dilationes die Sache aufzuhalten suche. Deswegen muß er alsdenn, wenn er eine Dilation erhalten will, impedimenta allegiren und bescheinigen, oder summarie erweisen, und geht also causae cognitio vor. Kömmt er zum drittenmal, so ist er noch mehr verdächtig, daß er die Sache durch eine Dilation zu verzögern suche, daher kann er in dem Fall ad Juramentum calumniae, oder zu schwören angehalten werden, daß er die dritte Dilation nicht suche, um nur die Sache zu trainiren. Gemeiniglich aber ist auch plena probatio impedimenti hinlänglich, welches solennitas legalis genennt wird. (vid. Rec. Imp. nov. §. 50.) Ueber die dritte Dilation pflegt man in causis civilibus nicht leicht zu gehen, es müßte denn das Impedimentum, warum man nicht prästirt, was man zu prästiren gehalten gewesen, bekannt genug oder notorisch seyn, z. B. daß einer in eine plötzliche Krankheit verfallen wäre, da könnte er auch noch die dritte, ja die vierte Dilation erhalten. Er muß aber alsdenn Attestata Medicorum beybringen, damit er nicht bloß eine Krankheit vorwenden kann, woran er doch nicht liegt. Ist eine Dilation von einem Theil impetrirt, so nützt sie auch dem andern, super uno puncto v. gr. probationis. Z. Ex. Ihrer zwey streiten de possessione, der eine bittet acht Tage Frist, der Richter verstattet solche, das hilft auch den andern, so, daß jener dieser erhaltenen Frist nicht renunciiren kann. Das Tempus dilationum ist continuum, wo nicht die Feriae totam dilationem einnehmen. Hier sind solche Feyertäge zu verstehen, da einer in Judicio nicht klagen kann, z. Ex. die Charwoche. Wenn der Richter eine solche Frist, welche vor dieser gebethen worden, verstattet, pflegt er auf das Memorial zu setzen: datur (scil. die Frist) auf 4, 8 Wochen, exclusis Feriis. Conferantur **Lauterbach** und **G. A. Struv** de Feriis.

§. 12.

Endlich folgt noch das dritte Accidentale, Cautio, Satisdatio in sensu generali. *Satisdatio* in genere ist die Sicherheitsleistung in Ansehung dessen, was im Gericht als zweifelhaft angesehen wird. Wenn z. B. zweifelhaft ist, ob der Principal eines Procuratoris seine Gesta für genehm halten werde, wenn etwa ein Mangel an der Vollmacht erscheint, so wird der Procurator daher ad cavendum de rato angehalten, falls nämlich der Principal nicht für genehm halten werde, was er in seiner Sache zu thun Vorhabens, und dieses heißt Satisdatio. Eigentlich aber, wie oben gezeigt worden in materia

teria de Tutoribus, heißt Satisdatio eine Cautio fidejussoria. Hier wird also das Vocabulum Satisdationis überhaupt pro Cautione genommen. So oft in Jure vox satisdationis vorkommt, so oft ist cautio fidejussoria zu verstehen, kommt aber das Wort Cautio vor, so ist darunter eine andere Sicherstellung, durch Unterpfand, Eid oder Versprechen, zu verstehen. Ueberhaupt aber, wo kein Verdacht vorhanden ist, kann man auch keine Caution verlangen. Conf. Lauterbach Resolutio Legis sciendum 15 fl. qui satisdare cogantur. Diese Cautio nun ist vel *nude promissoria*, vel *fidejussoria*, vel *juratoria*. Die Cautio nude promissoria ist, die im blosen Versprechen etwas zu thun, oder nicht zu thun, besteht, und statt hat, wenn einer angesessen ist. Eben deswegen aber, wenn einer heut zu Tage angesessen ist, so ist Cautio per nudam promissionem nicht nöthig, denn wenn er nicht thut, was er zu thun gehalten ist, kann man auch ohne sein Versprechen sich an seine Immobilia halten. Wenn einer aber nur den Nießbrauch von einer Hube Landes hat, so ist er nicht frey von der Caution, weil er sie nur Jure servitutis besitzt. Gleichergestalt, wenn einer eine Anwartschaft oder gesamte Hand am Leben hat, ist er nicht frey a Cautione, weil er wirklich nichts besitzt. Es ist bey solchen simultanee investitis nur possessio in spe, er kann noch eher sterben, als der andere. Cautio fidejussoria wird prästirt, wo wegen einer ungewissen Prästation zu caviren ist, denn die Pignora haben ihre gewisse Aestimation, diese aber kann sich höher belaufen, daher schicken sich die Pignora nicht wohl hieher, und deswegen muß Cautio fidejussoria geschehen, daß nämlich der Cavent für alles haften muß, in das der Debitor etwa möchte condemnirt werden. Cautio fidejussoria pflegt gestellt zu werden, wenn wegen der Unkosten, worein einer condemnirt werden könnte, Sicherheit zu stellen ist. Die sind ungewiß. Manchmal aber, weil doch der Fidejussor nicht aufs Ungewisse caviren, sondern wissen will, für wie viel er verbunden seyn soll, so pflegt per Sententiam interlocutoriam ein gewisses Quantum gesetzt zu werden. Wo aber die res certa ist, um derentwillen zu caviren ist, so gehts auch an, per pignora zu caviren. Kann einer keine Bürgen auftreiben, hat auch nichts im Vermögen, wenigstens ist er nicht angesessen, oder hat sonst nichts, als etwa einen Kramladen und Waaren darinn, so bleibt nichts übrig, als Cautio Juratoria. Denn hat einer einen Laden mit Waaren, oder eine schöne Bibliothek, so kann er ja die nicht wegtragen, mithin fällt der Verdacht der Flucht, also auch die Caution weg. Allein Cautio Juratoria macht so viel Sicherheit nicht, als die übrigen. Daher kann man auch einem Creditori, und in specie einem Actori und Reo nicht zumuthen, damit zufrieden zu seyn, als im äussersten Nothfall. Wenn daher auch diejenigen, welchen eidliche Caution geleistet werden

soll, damit zufrieden seyn sollen, so müssen diejenigen, die sie leisten wollen, schwören, daß sie keine Pignora, keine Fidejussores haben auftreiben können. Wobey noch zu merken ist, daß dieser Eid nicht de veritate, sondern de credulitate ist, d. i. er schwört nicht, ob es sich in rei veritate so verhalte, sondern nur, daß er es glaube. Wenn Struv sagt, daß die Satisdatio per fidejussores, vel etiam hodie per Depositionem pignorum, geschehen, so deutet er durch die letztern Worte auf den Fall, wenn ein gewisses Quantum per Sententiam interlocutoriam gesetzt wird, wofür cavirt werden soll. Die Formel des Richters ist: Würde Kläger den geforderten Vorstand mit 50 fl. befestigen, maßen er zu thun pflichtig, so ist Beklagter, seines Einwendens ohngeachtet, sich auf die Klage einzulassen schuldig. Heut zu Tage ist es eins, ob der Reus solches durch Unterpfand oder Bürgen bewerkstelliget, wenn nur der Richter bestimmt, wie viel er ohngefähr deponiren solle. Zur Cautione reali gehören fidejussoria und pignoratitia, zur verbali: juratoria und promissoria. Ferd. Christoph Harpprechts Diss. de Juratoria Cautione.

§. 13.

Der Kläger ist nach heutigem Gerichtsbrauch gehalten zu caviren, wenn er keine bona immobilia hat, denn wenn er temere den Proceß angefangen, mithin temere dem Reo expensas verursacht hat, so kann diesem Reo nicht zugemuthet werden, sich mit ihm in einen Proceß einzulassen, er seye denn zuvor versichert, daß er in Ansehung der Kosten sich an dem Kläger wieder werde erholen können. Wenn aber der Kläger nichts hat, oder ist ein Fremder, so geht es nicht an, daß man per Cautionem den andern dessen versichert. So ist auch ferner, wo Conventio und Reconventio nicht simultaneo processu abgethan werden, wieder nöthig, daß der Reus ratione Reconventionis gesichert werde, nämlich, weil, wenn die Causa Conventionis abgethan, der Actor in Causa Reconventionis sich ebenfalls wieder im vorigem Foro einlassen muß, daher kann Cautio de expensis auch auf die Reconvention extendirt werden. Was aber den Reum anbetrift, so darf der gar nicht caviren, wenn er angesessen ist, ausser in dem Fall, wo er etwas besitzt, und Actione reali belangt wird auf eine Sache, die er durchbringen könnte. Wenn er also verdächtig ist, daß er die Sache verschleudern könnte, so kann in dem Casu der Reus angehalten werden, zu caviren, daß er die Sache nicht durchbringen wolle. Kann er aber nicht caviren, und es bleibt doch die Suspicio gegen ihn, so kann die Sache sequestrirt werden. Was den Procuratorem anbetrift, so mußte derselbe ehemals als Dominus Litis auch caviren. Heut zu Tage aber, da der Procurator nicht mehr Dominus Litis ist, muß der Principal für ihn caviren,

cavíren, das Judicatum nämlich zu bezahlen. Das geschieht nun gemeiniglich, weil der Procurator sich durch eine Vollmacht legitimiren muß, welches der Vollmacht inserirt wird, damit der Gegentheil kein Bedenken machen kann, sich mit dem Procurator einzulassen, weil er etwa sonst nicht dem Judicato ein Genügen zu thun im Stand seyn möchte. Wenn nun auch der Procurator sich legitimiren will, es fehlt aber etwas am Mandato, so ist es so viel, als hätte er kein Mandatum, denn da kann freylich der andere sich nicht sicher mit ihm einlassen. Wenn er daher will, daß er sich mit ihm einlassen soll, muß der Procurator Cautionem de rato prästiren, daß nämlich, wenn der Gegentheil sich mit ihm einläßt, und sein Principal nicht für genehm halten wollte, was sein Procurator für ihn gethan hat, er sich in Ansehung des Schadens an ihn halten könne. Noch mehr muß er diese Cautionem de rato prästiren, wenn er absque Mandato in negotiis Judicialibus alterius agiren, oder in Proceß sich nomine Rei einlassen will. Dieses gilt sowohl de Procuratore Actoris, als de Procuratore Rei, denn ratio Cautionis findet bey beyden statt, weil in beyden Fällen möglich bleibt, daß der Principal dasjenige, was ein anderer, als anmaßlicher Procurator ohne seinen Auftrag in seinen Judicial-Negotiis gethan hat, nicht billigt.

§. 14.

Was sind Exceptiones? Antw. Eine Art der Vertheidigung, welche einem Beklagten gegen den Kläger oder vielmehr gegen die Klage zusteht, die der Actor gegen ihn erhoben hat. Man sieht daher gleich, daß man nicht annehmen kann, als wenn der Excipient des Klägers Absicht eingestanden habe, sondern bloß, daß er unter der Bedingung excipirt, wenn der Kläger seine Absicht erwiesen hat. Die Exceptionen sind entweder blos gegen das gerichtliche Verfahren, oder aber gegen das gerichtlich angebrachte Recht gerichtet. Im erstern Fall heissen sie verzögerliche Einreden, *dilatoriae*, im andern zerstörliche, *peremtoriae*. Die Dilatoriae betreffen entweder das Forum, und heissen fori declinatoriae, oder sonst etwas, dilatoriae in specie. Zu den Exceptionibus Fori declinatoriis gehört 1) Exceptio *fori incompetentis*, welche opponirt wird, wenn man in foro incompetente belangt wird. Da sieht man nun gleich, daß einen diese Exceptio nicht gänzlich von dem Proceß befreyet, sondern nur so lang, als in foro incompetente die Klage erhoben wird. Bringt man sie in foro competente an, so cessirt dieselbe. Eben so, 2), wenn der Reus praeterita prima Instantia belangt worden seyn sollte, so hat er Exceptionem *primae instantiae*, und braucht sich so lang nicht einzulassen, als bis er in seiner ersten Instanz ist belangt worden. Die dritte ist Exceptio

praeventionis, wenn einer nämlich bereits vor einem Richter, der mit einem andern concurrentem Jurisdictionem hat, belangt worden, denn die befreyt einen auch nicht gänzlich von dem Proceß, sondern nur, daß er nicht noch in einem andern Foro kann belangt oder vor ein anderes Gericht gezogen werden. Es haben nämlich manchmal einige Richter concurrentem Jurisdictionem, z. B. wie das Cammergericht und der Reichshofrath, indem man einen entweder vor dem Cammergericht, oder vor dem Reichshofrath belangen kann. Wenn man hingegen einen bereits beym Cammergericht belangt hat, so kann man die Sache nicht wieder wegnehmen, und an den Reichshofrath bringen. Wenn daher die Sache in Wetzlar anhängig gemacht worden, und man will um eben der Sache willen einen wieder bey dem Reichshofrath belangen, und man wird auch citirt, so kann man Exceptionem praeventionis opponiren. Ja, wenn gar der Actor und Reus mit einander darein willigten, daß die Sache von dem Gericht, wo sie einmal anhängig gemacht worden, abgebracht, und bey dem andern, das concurrentem Jurisdictionem hat, wieder anhängig gemacht werden sollte, so geht das doch nicht an, sondern es steht praeventio in Ansehung des Richters entgegen, denn er hat sogleich ein Jus quaesitum, die Sache vielmehr abzuthun, als der andere, der mit ihm concurrentem Jurisdictionem hat. Daher sagt man, daß Lis praeventa seye tum respectu Judicis, tum respectu Rei. Man sagt aber, quod praeventio sit facta, wenn Citatio ergangen und legitime insinuirt worden ist, denn da ist bereits nach unserm Gerichtsbrauch lis pendens, wie denn 4) hieher auch Exceptio litis pendentis gehört, kraft der man nicht in einem andern Gericht, so Jurisdictionem concurrentem hat, eine Sache von neuem anhängig machen lassen darf, die bey einem andern schon anhängig ist, denn wo der Proceß angefangen worden, oder hängt, da muß er auch geendigt werden. Wenn man daher eben der Sache halber in einem Gericht belangt wird, so findet Exceptio litis pendentis statt. Ebenfalls 5), wenn man a Judice suspecto citirt wird, und sich vor ihm einlassen soll, so hat man eine Exception, wodurch man sich auf eine Zeit lang von dem Proceß entledigen kann, welche Exceptio *Judicis suspecti* heißt. Denn man ist so lang von dem Proceß frey, bis die Remedia vorgewandt werden, wovon oben gehandelt worden, und die vorgeschrieben sind, wenn die Judices suspecti sind. Endlich hat man auch noch 6) Exceptionem *inhabilitatis Judicis*, wie wir oben einen ganzen Titel de habilitate Judicis gehabt haben. Wenn demnach der Richter inhabilis seyn sollte, vor welchen man citirt worden, um sich vor ihm auf die erlassene Klage einzulassen, so kann man Exceptionem inhabilitatis einwenden, und befreyt einen diese Exceptio inhabilitatis vom Proceß so lang, bis er anhängig

gemacht

gemacht wird coram Judice habili. Conferatur Rivini specimen Exceptionum dilatoriarum.

§. 15.

Es giebt auch Exceptiones dilatorias in specie und zwar einmal ratione Personarum litigantium. Dahin gehörte ehemals Exceptio *non impetratae veniae*, so denen zustund, welchen der Actor eine besondere Reverentiam schuldig war, wie z. B. den Eltern und Patronen, denn die konnten nicht eher, als nach erhaltener Erlaubniß vor dem Prätor belangt werden. Es supponirt diese Exceptio non impetratae veniae die ehmalige privatam in Jus vocationem, quae obtorto collo fiebat, indem man einen mit Gewalt in die Gerichte wegriß, denn die Citatio wurde von der in Jus vocatione unterschieden, und ergieng bloß, wenn man des Rei nicht habhaft werden konnte, indem er sich allezeit versteckte. Diese privata in Jus Vocatio nun, da man einen, wo man ihn antraf, wegnehmen und ihn ins Gerichte ziehen konnte, war sehr schimpflich. Wo daher Personen andern eine besondere Reverentiam schuldig waren, gieng sie nicht an, sondern da mußte erst um Erlaubniß gebeten werden, dergleichen Personen vor Gericht zu ziehen, damit doch die Reverentia gegen selbige erhalten werden möchte. Das aber fällt heut zu Tage bey uns weg, weil die Citatio bey uns nicht mehr privata, sondern publica Auctoritate geschieht, und deswegen auch nicht mehr ignominiosa ist. Ausserdem gehört auch noch hieher Exceptio *revocandi domum*, welche den Legatis zustund, wenn sie zu Rom belangt wurden, indem man sie nur vor dem Legante oder in ihrem Foro zu Hauß belangen konnte. Das war auch bloß eine Exceptio, die den Litem nur differirt und aufgeschoben hatte. Es kam einer dadurch nicht um sein Jus, sondern er wurde nur dahin verwiesen, die Klage in foro competente anzustellen, welche Exceptio bey uns keinen Nutzen hat, indem hier unter Legatis deputati civitatum municipalium verstanden wurden, welche gewärtig seyn mußten, daß sie alle Stunden nach Hauß vocirt wurden. Heut zu Tage gehört hieher insonderheit Exceptio *Cautionis*, wenn nämlich pars adversa hätte Cautionem de Reconventione et expensis stellen sollen, und er hat sie noch nicht gestellt, so kann der Reus ihm Exceptionem Cautionis opponiren. Ist aber pars adversa wohl gar inhabilis, in Judicio zu erscheinen, z. B. es ist mulier, miles, minor, Minister Ecclesiae, so kann man ihm Exceptionem *inhabilitatis* entgegensetzen. So gehört hieher auch Exceptio *Contumaciae*, z. B. in obigem Fall darf der Reus sich mit dem Actore nicht einlassen, wenn dieser ante Litis Contestationem auf die erlassene Citation ausgeblieben ist, bevor er die Unkosten ersetzt hat. Wenn er ihn also vor-

her

her belangt hat, so opponirt er Exceptionem Contumaciae, welches wieder eine Exceptio dilatoria ist, die ihn so lang von dem Proceß befreyt, bis der Actor Expensas propter Contumaciam erlegt hat. Hieher gehört auch Exceptio *illegitimationis*, z. B. wenn ein Procurator agirt, und sich doch noch nicht durch eine genugsame Vollmacht legitimirt hat, kann man ihm immer Exceptionem illegitimationis opponiren. Denn man darf sich nicht eher mit ihm einlassen, als bis er sich durch eine genugsame Vollmacht legitimirt hat.

§. 16.

Es giebt auch Exceptiones dilatorias ratione Modi procedendi. Exceptio *inepti Libelli* gehört dahin. Libellus ineptus heißt diejenige Klagschrift, in der ein Petitum formirt wird, das der Natur der Klage gar nicht gemäß ist, ingleichem, wenn der Libellus obscurus und generalis ist. Obscurus Libellus heißt, wenn man aus demselben die Intention des Actoris nicht erkennen, und überhaupt aus demselben fundamentum actionis nicht ersehen kann, sondern etwa nur Causa generalis und nicht specialis angeführt worden. Z. B. wenn man im Libell nur anführt, Titius sey einem 1000 Rthlr. schuldig, und man bitte, ihn anzuhalten, dieselben zu bezahlen, man setzt aber nicht, wovon die 1000 Rthlr. herrühren; so ist es Libellus generalis und absurdus, denn man kann darauf noch nicht gehen, und daraus eine Sentenz fällen, auch gar nicht einmal es dem Reo communiciren, weil er nicht weiß, was er damit machen soll. Er sieht nicht, was oder warum es von ihm begehrt wird, mithin kann er sich auch nicht präpariren, ausser die Klage oder die Klagschrift werde dem Reo communiciret. Eben deswegen darf man sich nicht eher einlassen, als bis ein solcher Libell überreicht worden, wie es seyn soll. Hieher gehört auch Exceptio *ineptae cumulationis Actionum*. Es können zwar einige Actiones cumulirt oder zugleich in Einer Klagschrift vorgebracht werden, es müssen aber solche seyn, die sich zusammen schicken. So kann man in Actione injuriarum nicht cumuliren actionem ad palinodiam et aestimatoriam, die Regel ist hierbey wohl zu merken: So oft zwey oder mehrere Klagen in Ansehung der nämlichen Sache vorhanden sind, und beyde die nämliche Absicht haben, so kann man solche nicht zugleich anstellen. So oft aber eine jede derselben eine besondere Absicht hat, z. B. die eine Strafe, die andere Entschädigung, so oft kann man sich beyder zugleich bedienen.

§. 17.

Nicht weniger gehört hieher auch Exceptio *Loci non tuti*, denn nach obigem muß in der Citation Locus tutus, wo einer erscheinen soll, exprimirt

werden, indem man einem nicht zumuthen kann, an einem unsichern Orte zu erscheinen. Wenn daher eine Citation an einen ergangen, und er ist gar nicht sicher an dem Orte, wo er hin citirt worden ist, so hat er Exceptionem Loci non tuti. Damit kann er die Action so lange differiren, bis in die Citation ein sicherer Ort gesetzt wird, wo er erscheinen soll. Eben so auch, wenn er citirt wird, und der Termin allzukurz ist, daß es nicht möglich ist, in dem Termin zu erscheinen, so kann er Exceptionem *termini nimis angusti* opponiren. Eben so wenig kann man einem zumuthen, *in feriis* zu erscheinen, z. B. wenn ein Jude citirt würde, an seinem Sabbath zu erscheinen, so kann man ihm solches nicht zumuthen, sondern er kann Exceptionem *feriarum* opponiren.

§. 18.

Nicht weniger giebt es Exceptiones dilatorias wegen der vorgetragenen Sache selbst. Exceptio *plus petitionis* gehöret dahin. Von der plus petitione ist oben schon gesagt worden, daß sie auf vielerley Weise geschehe, z. B. Re, Loco, Tempore. Wenn demnach eine solche Klage gegen einen erhoben worden, daß man z. B. auf eine Summe von 1000 Rthlr. geklagt hat, da der Reus doch nur 500 schuldig ist, so ist es Exceptio dilatoria, wenn man ihm Exceptionem plus petitionis opponirt, denn man wird dadurch nicht völlig des Processes los, sondern nur so lange damit verschont, bis die gehörige Summe gefordert wird. Oder wenn man nicht am rechten Ort, in loco convento, ante tempus conventum, belangt wird, so kann man dadurch die Action so lange verschieben, bis die Zeit verflossen, welche man verabredet hat. Und so ist es auch, wenn man mit einem ein Pactum de non petendo intra certum aliquod tempus errichtet, z. B. daß er noch in Geduld mit seiner Forderung, etwa ein paar Jahre lang stehen soll, er aber ante tempus conventum klagt, so opponirt man ihm Exceptionem *pacti de non petendo intra certum tempus*, das also wieder eine Exceptio dilatoria ist. Es gehört ferner hieher Exceptio *moratoria*, welche dem zusteht, der einen eisernen, oder wie man es auch nennt, einen Quinquennelbrief a Principe erhalten hat, d. i. ein Jus singulare, kraft dessen der Debitor binnen 5 Jahren, oder einer andern willkührlichen Zeit von seinen Creditoribus nicht solle belangt werden können. Wird er vorher belangt, so ist die Exceptio, die ihm zusteht, und Exceptio moratoria heißt, eine Exceptio dilatoria. Die Quinquennelbriefe heissen auch Moratoria, woher Exceptio Moratoria genannt wird. Wenn nun die Zeit verflossen ist, so kann der Proceß wieder geführt werden, weshalben die Exceptio nur die Action differirt, nicht aber aufhebt. So ist es auch mit der Exceptione *spolii*, welche dem zusteht, der aus dem Besitze ge-

setzt worden ist, denn aus obigem ist bekannt: spoliatum ante omnia restituendum esse, so daß er dem Spoliatori in keiner Sache antworten darf, bevor er ratione Spolii befriediget worden. Dem Titius ist z. B. von dem Mevius mit Gewalt sein Heu von der Wiese genommen worden, nun will ihn Mevius aus einem andern Grunde, z. B. ex Mutuo, auf eine Summe von 1000 Rthlr belangen, so kann Titius Exceptionem Spolii opponiren, und anführen, daß vor einem Jahre er ihm mit Gewalt das Heu von der Wiese weggenommen, und es ihm noch nicht restituirt habe, er bitte demnach, ihn dazu anzuhalten, daß er es ihm restituire. Will also Mevius weiter mit seiner Klage gehört seyn, so muß er dem Spoliato erst seine Sache restituiren, denn so lange suspendirt doch Exceptio Spolii die Action. Ferner gehört hieher Exceptio *laudationis*, quae etiam *nominationis* vocatur. Exceptio Laudationis heißt diejenige, welche einem zusteht, der nomine alieno oder Administrationsweise Sachen besitzt, und doch als Eigenthumsherr belangt wird. Z. B. Titius, ein Pachter, besitzt des Mevius Güter, nun kömmt Sempronius, und nimmt das Gut in Anspruch, erhebt aber Rei Vindicationem gegen den Titius, so kann ihm derselbe Exceptionem Laudationis opponiren, d. i. er kann gegen ihn anführen, wasmassen er der Eigenthumsherr vom Gut nicht sey, und er also an den Eigenthumsherrn sich halten solle, weil er blos das Gut in Administration habe als Pachter. Das muß er um deswillen thun, ne liti sese obtulisse videatur, denn sonst, wenn einer sich dieser Exceptionis Laudationis nicht bedient, so wird er als Eigenthumsherr angesehen, quia liti nihilominus sese obtulit, und muß ihm hernach prästiren, was ihm zuerkannt wird. Diese Exceptio hebt auch wieder die Action nicht ganz auf, sondern weiset sie nur an den rechten Mann, gegen welchen sie soll angestellt werden, indem ich dann blos bitte, zu erkennen, daß ich unangefochten bleibe. Es ist hieher auch zu zählen Exceptio *Excussionis*, welche den Bürgen zusteht, wenn sie nämlich von den Creditoribus belangt werden, ehe und bevor der Debitor excutirt, d. i. angegriffen worden, um zu sehen, ob er noch im Stande sey, zu bezahlen oder nicht. Das ist auch nur ein bloser Verschub, denn findet sichs, daß der Debitor nicht solvendo ist, so hilft diese Exceptio Excussionis den Fidejussorem weiter nichts, sondern da heißt es: Den Bürgen muß man würgen, und findet alsdann die Actio gegen ihn statt.

§. 19.

Nach dem R. A. vom Jahre 1654, §. 38 sind alle Exceptiones dilatoriae ante litem contestatam zu opponiren, ausgenommen diejenigen, welche nach der Eigenschaft ihrer Natur ein anderes erfordern. Ja alle diese Exceptiones

tiones müssen zusammen, und zwar sub poena praeclusi opponirt werden, denn ehemals stund einem frey, daß er sich mit den Dilatoriis aufhalten konnte. Er opponirte eine und zankte sich herum, hernach wieder eine. Deswegen ist R. I. N. verordnet, daß alle auf Einmal in primo Termino opponirt werden müssen, sonst würde, wenn eine nach der andern sollte vorgebracht werden können, der Proceß sich unendlich lang verzögern lassen. Z. B. Exceptio Illegitimationis, Excussionis, Loci non tuti, und was dergleichen mehr sind, müssen gleich zusammen ante litem contestatam opponirt werden, ausser wo sie noch nicht alle ante litis contestationem vorhanden sind, denn es können während des Processes erst Exceptiones dilatoriae entstehen. Es kann erst post L. C. geschehen, daß der Richter meines Adversarii Tochter heyrathet, mithin suspectus wird, oder es kann post L. C. erst herauskommen, daß der Procurator kein Mandat hat, welches das Verfahren ungültig macht. Eben so kann erst nach angefangenem Proceß der reus de fuga suspectus werden. Doch muß in einem solchen Falle eidlich bestättigt werden, daß man die Einrede nicht eher gewußt habe. Und zwar, wenn alle zusammen vorgebracht worden, die man nämlich zugleich hat, subjungenda est eventualis litis contestatio, welche eventualis heißt, weil auf den Fall, wenn der Dilation abgeholfen wird, Reus auf die Klage sich eingelassen haben will. Thut er es nicht, so wird er in die Terminsunkosten condemnirt, welches aber nicht angeht, wenn Reus Exceptionem fori declinatoriam opponirt. Peremtoriae werden erst post L. C. opponirt, aber auch vorher, si sunt litis ingressum impedientes, oder solche, welche die Litiscontestation verhindern, denn diese concerniren Judicium jam constitutum, und nicht constituendum, welches ante litis contestationem nicht existirt. Unterdessen können sie auch in ipsa Executione opponirt werden, z. B. Exceptio solutionis, compensationis, wenn sie in continenti liquidae sind, und noviter emergentes, vel antea planiter ignoratae. Sonst muß heut zu Tage Reus alle litis contestationi simul sub poena omissionis anhängen, per Recess. Imp. N. §. es soll auch hinführo, so daß, wenn sie in L. C. ausgelassen worden, selbige in articulis reprobatorialibus nicht zugelassen werden, ausser sie entstehen oder gelangen doch wenigstens erst nach der Befestigung des Kriegs Rechtens zur Wissenschaft, welches aber gleichfalls eidlich bestärkt werden muß. Sonst wenn sie in ipsa Executione opponirt werden, hat man auch noch darauf zu sehen, ob sie schon vor dem Urthel eingelegt, aber vom Richter verworfen worden sind. Denn in solchem Falle können sie bey der Vollstreckung nicht wiederholt werden, da sie für verzogen angesehen werden. Reus hätte appelliren, und es damals nicht rechtskräftig werden lassen sollen. Conf. *Rhetius* in Diss. de Exceptionibus paratam executionem impedientibus.

Viertes Buch.

Tit. IX.

De iis, qūae fiunt in Judicio.

§. 1.

Hieher gehört nun zuerst die Kriegsbefestigung. Litis Contestatio heißt die Antwort des Beklagten auf die in der Klagschrift vorgetragenen Thatsätze, in der Absicht sich deswegen mit dem Kläger gerichtlich einzulassen. Wenn der Beklagte auf das, was der Kläger gegen ihn in Gerichten eingebracht hat, antwortet, so sagt man, er habe Litem contestirt. Dieses geschah ehemals bey den Römern verbis solennibus, z. B. in rei Vindicatione, aedium, sagte der Actor: has aedes meas esse Jure Quiritum ajo, worauf der Reus antwortete: Imo meas esse, da sagte man, es sey Lis contestirt, welches praesentibus testibus geschah, und zwar war es bey den Römern der letzte Actus, welcher vorgieng, wenn die Parthien vor dem Judice Pedaneo erschienen, und nun von einander gehen wollten, da nahmen sie denn Abrede, auf einen gewissen Tag vor dem Judice Pedaneo wieder zu erscheinen, wobey sie die umstehenden Personen zu Zeugen anriefen, mit diesen Worten: Testes estote, als woher dieser Actus litis contestatio heißt. Heut zu Tage, wo in Gerichten mündlich verfahren oder recessirt wird, da ist es bald eben so, als wie Jure Romano, sonst aber, wo schriftlich verfahren wird, geschiehet Litis contestatio alsdann, wenn der Reus sich in einer Schrift auf die Klage des Actoris einläßt, oder darauf antwortet, negative oder affirmative, als zu welchem Ende ihm auch die Klage communicirt und ein Termin angesetzt wird, darauf zu antworten, und also Litem zu contestiren, woferne er nicht Exceptiones dilatorias vorzubringen vermag. Ueberhaupt contestire ich Litem nicht durch meine vorgebrachte Exception. Es muß aber diese Responsio clara und nicht dubia seyn, verba ambigua, es kann seyn, ich lasse es dahin gestellt seyn, werden nicht zugelassen, sondern es wird positiva responsio erfordert, Ja oder Nein. Diese Litis contestatio ist die Hauptsache, denn so bald einer Litem contestirt, so tritt er den Streit mit seinem Adversario an. Sie ist der Grund des gerichtlichen Verfahrens, da durch

selbige

ſelbige quaſi contrahirt wird. In Proceſſu executivo iſt recognitio vel jurata diffeſſio loco litis conteſtationis.

§. 2.

Es wird nun Litis conteſtatio in *negativam* und *affirmativam* eingetheilt, denn ſie beſteht in einer Antwort des Beklagten auf die Klage des Klägers. Nun kann er auf zweyerley Art antworten, entweder affirmando vel negando, denn entweder räumt er die Klage ein oder räumt ſie nicht ein. Negirt er, was der Actor gegen ihn vorgebracht hat, z. B. daß er ihm 1000 Rthlr. ſchuldig ſey ex mutuo, ſo heißt es Litis Conteſtatio negativa. Geſteht ers ihm aber, ſo heißt dieſe Litis Conteſtatio affirmativa. Wenn er nun geſteht, daß er ihm ſchuldig ſeye, und ſoll ſich deswegen Lite conteſtata in einen Proceß mit ihm einlaſſen, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß er eine Exception mit anhängen müſſe, z. B. er ſagt, es ſey zwar wahr, daß er ein Mutuum mit ihm contrahirt, er hätte aber auch mit ihm verabredet, daß er ihm eine Summe von 700 Rthlr. vorſchieſſen ſolle, da er nun Exceptionem non numeratae pecuniae opponirt, ſo conteſtirt er Litem affirmative, hängt aber ſogleich der Affirmation eine Exception an. Und das iſt eigentlich eine Exceptio, die nämlich einer Action entgegengeſetzt wird, welche den Rechten nach im allgemeinen gemäß iſt, unter den beſondern Umſtänden aber nicht ſtatt finden kann, als in dem Falle, wo zwar eine Confeſſio literalis geſchehen, das Geld hingegen nicht ausbezahlt, ſondern nur das Chirographum ſub ſpe futu ae numerationis weggegeben worden. Bisweilen, ſagt Struv, wird ob Contumaciam Rei non reſpondentis Lis affirmative pro conteſtata, als wie in Sachſen, gehalten. Ueberhaupt hat man hiebey zu merken, daß Litis Conteſtatio in *veram* et *fictam* eingetheilt werde. Ficta heißt diejenige, wenn der Reus auf die Klage in der That ſich nicht einläßt, hingegen dafür gehalten wird, als hätte er ſich eingelaſſen, und darauf geantwortet, und zwar dieſes in Contumaciam, nachdem er ſub poena Confeſſi et Convicti citirt worden. Da wird denn Jure Saxonico Lis pro affirmative conteſtata gehalten, d. i. man hält dafür, als räume der Reus dem Actori ein, was er gegen ihn vorgebracht hat, oder er geſtehe alles, wo ſodann weiter nichts als die Execution übrig bleibt. Auſſer Sachſen aber, ob man gleich in Contumaciam Rei Litem pro conteſtata in dem Falle hält, wo der Reus contumax iſt, wird er doch nur pro negative conteſtata gehalten, d. i. wenn auch der Reus nicht antworten will, und man ihn zur Antwort nicht bringen kann, ſo hält man ad coercendam ipſius Contumaciam dafür, als negirte er, was der Actor gegen ihn vorgebracht hat, welches den Erfolg hat, daß er beweiſen

muß. Er verliert aber durch seine Contumaciam alle Exceptiones dilatorias et peremtorias, daß also dießfalls ein großer Unterschied zwischen dem Recht in Sachsen und ausser Sachsen, oder dem Jure communi ist.

§. 3.

Litis Contestatio wird ferner eingetheilt in *generalem* et in *specialem*. *Generalis* Litis Contestatio heißt diejenige, wodurch der Reus überhaupt nur auf die Klage antwortet, wenn er z. B. negative antwortet, und sagt: ich widerspreche alles Vorgebrachte, so heißt es Litis Contestatio generalis, da giebt er also nichts zu an der Actione. sondern negirt alles, was vorgebracht worden ist. Hingegen Litis Contestatio *specialis* heißt, wenn er in specie auf einen jeden Umstand, den man gegen ihn vorgebracht hat, vel negando, vel affirmando antwortet. Durch den Recessum Imperii de anno 1654 ist verordnet, daß die Litis Contestatio allemal specialiter geschehen, oder gleich auf jede Capita Libelli in specie der Reus antworten, und nicht blos überhaupt widersprechen, sondern sagen soll, was er an der Klage, oder dem Vortrage des Actoris einzeln widerspreche. Auf irrelevante oder nichts entscheidende Umstände aber darf er nicht antworten. Das ist auch in Sachsen recipirt, und zwar ist in Sachsen durch diese Litis Contestationem specialem der Vsus positionum ganz abgekommen, denn ad declarandam Litis Contestationem generalem sind die Positiones aufgekommen, nämlich wenn dem Actori vom Reo alles von der Faust weggeläugnet wird, so hat er noch dieses Remedium übrig, daß er das ganze Factum in Sätze bringt, und einen jeden Umstand, der in einen solchen Satz gebracht worden, dem Reo vorhält, sub formula: sage wahr, wenn es eigene Thathandlungen, wenn es aber blos fremde anbetrift: glaube wahr, glaube nicht wahr, wie allda, sage nicht wahr. Denn so muß er sich noch eher schämen, wenn ihm solche Umstände vorgehalten werden, so frech zu seyn, und zu läugnen, was doch sonnenklar, ja wohl gar manchmal notorisch ist, denn so kann man ihn desto mehr in seinem Gewissen überführen, und sein freches Gewissen besser coerciren, als sonst, wenn man ihm nur erlaubt, generaliter alles widersprechen zu dürfen, was angebracht worden. In Jure civili haben diese Positiones keinen Grund, sondern sind erst per Jus Canonicum eingeführt worden, und werden gebraucht, damit sich einer mit dem Beweise nicht überlade, wohingegen Articuli wegen der Zeugen übergeben werden, z. B. wahr, daß der Kläger dem Titius sein Haus um und für 4000 fl. abgekauft, wahr, daß Kläger ihm solche Kaufsumme bezahlt. Positiones gehen demnach voraus, weil sie zu Erforschung der Wahrheit verfaßt werden. Articuli folgen darauf, welche

Beweises halber eingereicht werden. Allein auſſer Sachſen, obgleich per Receſſum Imperii noviſſimum die Litis Conteſtatio ſpecialis auch eingeführt iſt, ſind doch die Poſitiones noch um deshalben beybehalten worden, damit der Reus deſto eher angehalten werden könne, gewiſſenhaft zu antworten, und nicht in den Tag hinein zu läugnen. Denn

§. 4.

wenn der Kläger die Poſitiones übergiebt, muß der Beklagte ſchwören, daß er nichts frivole läugnen, ſondern auf einen jeden Umſtand ſo antworten wolle, wie er es vor Gott verantworten könne, und alſo nichts läugnen wolle, wovon er das Gegentheil wiſſe, welches Juramentum *reſpondendorum* heißt. Hingegen muß auch der Actor ſchwören, daß er nichts erdichtet, ſondern alles, was er geſetzt, ſich ſeinem Gewiſſen nach ſo befinde, und er alſo nicht in dem geringſten Umſtande etwas fälſchlich vorgegeben habe, und dieſes Juramentum, ſo der Actor, indem er die Poſitiones übergiebt, ablegt, heißt Juramentum *dandorum*. Daher ſagt er, es werden die Poſitiones vom Actore übergeben zur Erklärung der Befeſtigung des Kriegs Rechtens vermittelſt des Juramenti dandorum, wodurch er erhärtet, alle Umſtände gewiſſenhaft vorgebracht zu haben. Beydes iſt eine Art Juramenti calumniae. Daher, obgleich Reus alle Poſitiones Actoris nach abgelegtem Juramento reſpondendorum geläugnet, ſo erfolgt doch keine Abſolutio, ſondern Actor muß den Beweiß führen, wovon er ſich per oblationem Poſitionum befreyen wollen, weil es kein Juramentum litis deciſorium iſt. In Anſehung dieſes Juramenti reſpondendorum iſt freylich klüger geweſen, daß man auſſer Sachſen, neben der Litis Conteſtatione ſpeciali, auch noch die Poſitiones beybehalten hat. Denn ohne die Poſitiones kann der Reus dem Actori eine entſetzliche Laſt zu beweiſen auflegen, ſo daß er manchmal ſelber nicht weiß, was er beweiſen ſoll. Hingegen kann man ihm ſeinen Beweis ſehr erleichtern, wenn man ihm erlaubt, Poſitiones zu machen, und der Reus darauf antworten muß, und zwar eidlich, denn da muß er im Beantworten ſein Gewiſſen bedenken, und darf nicht ſo leicht in den Tag hinein läugnen, wie ſonſt. Das iſt alſo, die Frechheit der Beklagten im Beantworten einzuſchränken, eingeführt worden.

§. 5.

Nun antwortet manchmal der Reus auf einige Poſitiones oder Capita Libelli affirmative, auf andere negative. Denn manchmal ſind zwar einige Umſtände des Facti wahr, manchmal hingegen nicht, da iſt es alſo nicht

 möglich,

möglich, daß er überhaupt den Vortrag des Actoris negiren oder zugeben kann, sondern was er zugeben kann, das gesteht er, was hingegen nicht wahr ist, das negirt er. Er gesteht zwar, wenn er wegen eines Kaufs belangt worden, daß er die Sache gekauft habe, und zu bezahlen schuldig sey. Hingegen aber negirt er, daß er versprochen habe, auf die Zeit, da es der Verkäufer verlangt, zu bezahlen, sondern er führet an, daß ganz eine andere Zeit verabredet worden. Da ist freylich Litis Contestatio nicht generaliter negativa, sondern *mixta*, theils affirmativa, theils negativa. Pöckels Disput. de Interrogatoriis, Strycks Disput. de Interrogatoriis ineptis.

Viertes Buch.

Tit. X.

De Exceptionibus peremtoriis.

§. 1.

Wir haben oben bereits gesehen, daß Exceptiones peremtoriae diejenigen heissen, wodurch man die Klage gänzlich und auf beständig ausschließen kann, daß der Kläger niemals mehr damit aufgezogen komme, oder diejenigen, welche gegen des Klägers Befugnis selbst gehen. Daher differiren sie freylich gar weit von den Dilatoriis, weil, wenn die Actio auf rechte Art erhoben worden ist, sie allezeit dem Actori verbleibt, und nur per Exceptiones dilatorias suspendirt wird. Die Beschaffenheit dieser Exceptionum peremtoriarum kann man am besten aus der Beschaffenheit der Arten derselben ersehen. Sie entstehen entweder zugleich mit dem rechtlichen Geschäfte, oder aber nachher.

§. 2.

Es wird aber nicht nöthig seyn, daß man sie hier alle durchgeht, weil sie oben in besondern Titeln schon meistentheils vorgekommen sind. So ist Exceptio Metus oben schon erklärt worden, so auch Exceptio erroris, non numeratae pecuniae, Exceptio Senatus-Consulti Macedoniani, Vellejani, Exceptio Minorennitatis, Exceptio Excussionis. Nur hat man hier Exceptionem Excussionis besonders considériren müssen, in so ferne sie nämlich

die

die Bürgschaftsklage aufhebt, weil der Hauptschuldner noch bezahlen kann, und also selbige auch noch nach der Litiscontestation entgegengehalten werden kann. Denn oben hat man Exceptionem Excussionis auch als eine Exceptionem dilatoriam gehabt, wenn man nämlich noch nicht weiß, ob der Debitor Principalis solvendo ist oder nicht. Wenn hingegen das gewiß ist, daß der Debitor Principalis solvendo ist, so kann der Bürge nicht angegriffen werden, und also, wenn er nachher, falls er de facto angegriffen werden sollte, Exceptionem Excussionis opponirt, ist es in der That eine Exceptio peremtoria. Hieher gehört nun auch Exceptio Doli, die entweder Doli generalis, vel specialis ist. Doli generalis, wenn man gegen die natürliche Billigkeit etwas von dem andern verlangt. Es ist ein Pupill dem Mevius 100 Rthlr. schuldig gewesen, die bezahlt er dem Mevius ohne Einwilligung seines Vormunds, der Vormund verlangt sie deswegen Condictione indebiti zurück, so kann der Gläubiger des Pupillen ihm Exceptionem Doli mali oder generalis entgegensetzen. Denn er verlangt etwas Unbilliges, indem es wahr ist, daß der Pupill dem Creditori die 100 Rthlr schuldig ist. Deswegen aber verübt einer noch keinen Dolum in specie, so wie wenn in Negotiis, z. B. in Emtione Venditione, ein Dolus verübt worden ist. Sollte in Emtione Venditione ein Dolus verübt worden seyn, und man will einen anhalten zu prästiren, was man ihm dolose abgeschwätzt hat, und er opponirte Exceptionem doli, so ist es Exceptio doli specialis. Diese Exceptio doli ist bisweilen subsidiaria Exceptio in factum, alsdann nämlich, wenn sie denjenigen opponirt wird, welchen man Ehrerbietung schuldig ist. Wenn z. B. die Eltern die Kinder betrogen haben, und diese sie zu prästiren anhalten wollen, was sie ihnen ex dolo versprochen haben, so müssen sie sich zwar von der Meldung des Doli enthalten. Denn es schickt sich nicht, daß Kinder ihren Eltern förmlich einen Dolum vorwerfen. Hingegen können sie die Exception so einrichten, daß dem Richter von selbst der Dolus in die Augen fällt. Da heißt alsdann die Exceptio in dem Falle nicht Exceptio Doli, sondern Exceptio in factum Sie stellen das Factum vor, wie es zwischen ihnen und zwischen den Eltern vorgegangen ist, damit der Richter selbst den Dolum daraus ersieht, ohne daß sie ihn nennen dürfen.

Zu den Exceptionen, welche erst nach dem Geschäfte entstehen, gehört z. B. Exceptio Rei vend tae. welche dem Verkäufer entgegengesetzt werden kann, wenn er die verkaufte Sache zurück verlangt. Z. B. der Mann verkauft der Frau Dotalgüter, und will sie wieder zurück haben, weil sie nicht hätten verkauft werden können, so kann er sie nicht wieder zurückfordern, denn er ist

ja zur Gewährleistung gehalten. Die Frau aber kann sie nach seinem Tode, wenn sie nicht seine Erbinn geworden, zurückfordern. Und so verhält es sich auch mit der Exceptione pretii non soluti. Es belangt der Käufer den Verkäufer, um die verkaufte Sache zu tradiren, weil der Kauf zu seiner Vollkommenheit gekommen sey, der Verkäufer aber sagt, er habe die Sache noch nicht ausfolgen zu lassen, jener solle erst das Geld erlegen, da opponirt er ihm Exceptionem pretii non soluti So auch Exceptio pacti de non petendo in perpetuum, welche gar sehr von der Exceptione pacti de non petendo intra certum tempus unterschieden ist, denn die letztere ist dilatoria, die erstere peremtoria, indem durch das pactum auf die Anforderung Verzicht gethan, und also alles Recht des Klägers nachgelassen worden ist. Wenn er demnach wieder dagegen agiren will, so steht ihm Exceptio pacti de non petendo in perpetuum entgegen, denn daraus ist gleich klar, wenn das Pactum de non petendo in perpetuum erwiesen werden kann, daß der Kläger kein Recht zu klagen gehabt habe. So verhält es sich auch ferner mit der Exceptione rei judicatae, Transactionis, Jurisjurandi, Praescriptionis et Rei litigiosae. Wenn Res judicata ein rechtskräftiges Urthel, ingleichem Jus jurandum, Transactio, Praescriptio, und daß die Res litigiosa gewesen, erwiesen werden kann, so ist klar, daß der Actor kein Jus agendi hat, denn durch den Vergleich, den Eid, ist der ganze Streit, der jemals zwischen den streitenden Theilen vorhanden gewesen, beygelegt worden, eben so, als wenn niemals eine Prätension gewesen wäre. Wenn also der Creditor seine alte Forderung dennoch wieder machen will, so kann er Exceptione Transactionis, Exceptione Jurisjurandi auf immer abgewiesen werden.

§. 3.

Ich habe zwar oben bereits angeführt, daß alle Exceptiones peremtoriae der Litis Contestationi angehängt werden müssen, wenn man sich in den Proceß einlassen will, sonst aber auch ante Litem contestatam in primo termino sie opponiren könne. Wir wollen dieses an einem einzelnen Falle betrachten. Nach dem vorhergehenden ist Exceptio peremtoria Exceptio Transactionis Nun werde ich gegen den getroffenen Vergleich belangt, und kann denselben sogleich erweisen, indem ich etwa das Instrument vorzeige, so brauche ich mich nicht einmal auf die Klage einzulassen, sondern opponire sogleich in primo termino Exceptionem Transactionis, und bitte, zu erkennen, daß ich nicht gehalten sey, auf die Klage und in den Proceß mich einzulassen. Kann ich aber nicht gleich erweisen, so wird sodann erkannt, daß Einwendens ungeachtet ich mich auf die Klage einlassen soll, da stehen mir

aber

aber freylich noch meine Exceptiones dilatoriae frey. Sonst wenn ich nicht in continenti eine Exceptionem peremtoriam, die ich opponiren will, erweisen kann, muß ich sie, wenn ich mich auf die Klage einlasse, sogleich beybringen, und zwar alle, die ich habe und weiß, daß sie mir zustehen, sub poena praeclusi, d. i. bey Strafe des Verlusts. Das ist, wenn ich etliche Exceptiones peremtorias habe, und sie nicht alle insgesamt vorbringe, zur Zeit, da ich Litem contestire, so komme ich darum. Denn sonst könnte der Proceß immer durch dergleichen Exceptiones peremtorias verzögert werden, wenn man mit einer nach der andern angestochen kommen könnte. So aber, wenn man sie alle zusammen opponiren muß, kann man auch aus allen desto geschwinder erkennen, ob der Reus Ursache habe, sich zu weigern, dasjenige zu prästiren, was der Actor von ihm fordert. Einige Exceptiones aber können auch, wie oben schon bemerkt worden ist, nach geschehener Entscheidung und zur Hintertreibung der Vollstreckung vorgebracht werden. So kann ich Exceptionem solutionis auch nach der Urthel einwenden. Eben so hat auch die Executio nicht statt, wenn man zum Bezahlen z. B. propter Senatus-Consultum Macedonianum, desgleichen propter Senatus-Consultum Vellejanum nicht angehalten werden kann. In allen diesen Fällen kann diese Exceptio nach der Urthel vorgetragen werden, woferne sie nicht vorher schon opponirt und verworfen worden ist. Denn da kann man sie, weil sie einmal verworfen, und in der Sentenz nicht darauf gesehen worden, nicht wieder vorbringen, sondern der Exception ungeachtet geht die Executio vor sich. Gleichwie aber Exceptio solutionis als eine Exceptio peremtoria auch post sententiam opponirt werden kann, ad impediendam Executionem, Compensatio aber eine imaginaria Solutio ist, so geht auch an, daß Exceptio Compensationis nach der Urthel gegen die Vollstreckung vorgebracht wird. Der beste, welcher von den Exceptionen geschrieben, ist Zanger, den Senckenberg wieder hat auflegen lassen.

§. 4.

Was bisher abgehandelt worden ist, betrift die Klage und Exception. Dadurch aber kann selten eine Sache allein abgethan werden, sondern es sind mehrentheils noch weitere Sätze nöthig. Nämlich es muß auch wieder der Actor gehört werden, was er gegen die Exception des Rei habe. Die Antwort und Vertheidigung des Actoris nun gegen die Exceptionem Rei heißt Replik oder Replica. Das ist also ein Satz oder eine Schrift, die der Actor eingiebt, und worinn er sich gegen das vertheidigt, was der Reus excipiendo vorgebracht hat. Denn es kann auch wieder die Exceptio dem ersten Ansehen

nach fundirt zu seyn scheinen. Hingegen, wenn man den Actorem vernimmt, führt er besondere Umstände an, wegen der es höchst unbillig wäre, wenn der Richter auf die Exception sehen sollte. Ich belange z. B. den Mevius wegen eines Anlehens auf eine Summe von 100 Rthlr., Mevius opponirt mir Exceptionem Pacti de non petendo in perpetuum, ich sage, das Pactum ist erzwungen. Hier replicire ich, denn ich bin Actor, und defendire mich also dadurch gegen die Exceptionem Pacti de non petendo in perpetuum. Die Schrift, worinn das geschieht, heißt *Replica*, das ist also der dritte Satz. Dagegen muß nun wieder Reus gehört werden, denn der kann ja wieder gegen den Zwang, den ich vorschütze, etwas haben. Er kann sagen, es wäre nicht an dem, daß er mich in Furcht gejagt habe, das wäre keine Furcht gewesen, worinn ich mich befunden, die in virum constantem falle, und also könne ich mich darauf nicht berufen, ich habe es frey versprochen. Das heißt nun Duplica, die Duplikschrift, welche demnach die Antwort des Rei auf die Replik des Actoris ist. Solchergestalt hat ein jeder zwey Sätze gehabt. Nun ist freylich an dem, daß man keine weitere zulassen sollte, denn es kann in den vier Sätzen zusammengenommen die Sache dergestalt erörtert werden, daß sie zum Spruche geeigenschaftet ist. Denn je mehr Sätze zugelassen werden, desto mehr Weitläuftigkeiten kommen heraus, und je mehr kann die Sache verzögert werden. Unterdessen geschieht es doch vielfältig, daß wenn in der Duplik wieder allerhand Nova eingebracht werden, worauf man den Actorem ungehört nicht condemniren kann, daß ad Triplicam, ja aus eben dem Grunde von der Triplica ad Quadruplicam verfahren wird. Und so geschieht es manchmal, daß man sogar bis auf die Octuplicam hinauskommt, oder bis auf den 8ten Satz. Daher giebt es bisweilen Acten, die Centnerschwer sind, wie ich mich eines Processes in puncto Juris venandi von Hildesheim erinnere, wo es bis auf die Octuplicam *ge*kommen ist, und eine jede Schrift einen mäßigen Folianten, nur die Hauptschriften gerechnet, ohne die, so dazwischen verhandelt worden sind, ausgemacht hat. Allein das veranlassen die Advocaten meistentheils, um die Sache ins Weite zu spielen und herumzutreiben. Gemeiniglich geht man in wohlbestellten Staaten nicht über die Duplik hinaus. Struv sagt, hiebey seyen zu excipiren Jurisjurandi, et Doli Exceptio, gegen die keine Replik statt finde, es müßte denn seyn, daß man replicando den andern eines Meineids überführen könnte. Denn wenn ich z. B. den Mevius auf eine Summe von 100 Rthlr. ex Mutuo belange, er es aber nicht gesteht, und ich darauf, um geschwind aus der Sache zu kommen, ihm das Jurament deferire, er es auch abschwört, daß er nämlich nicht wisse, daß er mir die 100 Rthlr. schuldig sey, mithin, wenn ich ihn hernach abermals belange, opponirt er Exceptionem

tionem Juramenti, ich hingegen will ihm beweisen, daß er damals gar wohl gewußt habe, daß die Schuld ihre Richtigkeit hat, und er also ein Perjurium begangen, so muß mir das allerdings frey stehen, nämlich auf solche Weise mich replicando gegen das Perjurium meines Gegentheils zu defendiren.

Viertes Buch.

Tit. XI.

De Probatione.

§. 1.

Probatio, Beweis, heißt diejenige gerichtliche Handlung, wodurch dem Richter in Ansehung einer Thatsache gewiß oder wahrscheinlich gemacht wird, was ihm noch ungewiß, oder nicht wahrscheinlich ist. Das ist nun beym Proceß ein Hauptstück, denn von dem Beweise hängt bey dem Proceß alles in Ansehung des Ausganges ab. Ermangelt es daran, so heißt es, non deficit Jus, sed deficit probatio, es fehlt nicht am Recht, aber am Beweisen, und wird man also condemnirt. Kann man hingegen seinen Beweiß vollführen, so gewinnt man auch in Gerichten. Man distinguirt inter probationem *solennem* et *minus solennem*, d. i. Demonstrationem, Bescheinigung. Probationem braucht man in Causis ordinariis, in summariis hingegen Demonstrationem. In Demonstratione darf ich die Förmlichkeiten, z. B. die Uebergabe von Artikeln, die Vorladung des Gegners beym Vereidigen der Zeugen, den sonst vorgeschriebenen Beweistermin nicht beobachten, wie beym förmlichen Beweis. Bescheinigung hat statt in Causa summarii possessorii, instrumenti guarentigiati, beym Augenschein. Der Beweis geschieht durch Argumenta, und nach der Verschiedenheit der Argumentorum ist der Beweiß unterschieden.

§. 2.

Auf wie vielerley Art kann nun der Beweiß dem Actori oder Reo aufgebürdet werden? Antw. Das hängt von der Litiscontestation ab. Denn nach obigem ist Litis Contestatio affirmativa oder negativa. Wenn der Reus Litem negative contestirt, d. i. die Klage abläugnet, so muß der Klä-

ger beweisen, wenn er keine rechtliche Vermuthung für sich hat. Denn der Richter kann nicht wissen, was wahr ist, ob der Beklagte der Wahrheit nach die Klage abläugnet, oder ob des Klägers Vorbringen wahr ist. Daher muß der Actor, da er keine Präsumtion für sich hat, beweisen. Wenn hingegen der Reus Litem affirmative contestirt, so geschieht doch, daß er eine Exception gleich beysetzt, die aber von etwas dependirt, so der Richter nicht wissen kann, sondern das erst erwiesen werden muß. Nun muß allemal der beweisen, der keine Präsumtion für sich hat, und doch in ungewissen Umständen seine Intention fundirt. Wenn einer eine Klage wider den Andern ob servitutem praetensam anstellet, so darf er nicht beweisen, quod fundus liber sit, quia omnis fundus liber praesumitur. Der Beweis aber geht allemal auf das Fundamentum der Hauptsache, das ist, das Fundamentum Actionis. Deswegen sagt man: ad probandum non admittuntur, quae probata non relevant, man kann keinem zumuthen zu beweisen, auch ihn nicht zu einem Beweis zulassen, der, wenn er geführt wird, nichts zur Entscheidung der Sache thut, d. i. relevirt, wie man sagt, sonst würde die Sache durch dergleichen Beweis *nur* verewigt.

§. 3.

Die Argumenta nun, welche bey dem Beweise gebraucht werden, differiren, und sind vel Artificialia, vel non Artificialia, daher die Probatio in *artificialem* und *inartificialem* sich eintheilen läßt. Probatio artificialis heißt diejenige, welche durch argumenta artificialia geführt wird, hingegen Probatio inartificialis wird genennt, die per non inartificialia Argumenta geschieht. Die Argumenta artificialia sind diejenigen, welche von den innern Umständen des Facti oder des Vorhergehenden das Folgende durch Vernunftschlüsse herausbringen. Diejenigen Argumenta hingegen, welche extrinsece, d. i. unmittelbar, und ohne einen Vernunftschluß von der äussern Beschaffenheit der Sache, z. B. von der Glaubwürdigkeit der Zeugen, den Urkunden, dem Geständnis, dem Eid hergenommen werden, heissen inartificialia. Oder Probatio inartificialis ist diejenige, dadurch die Thatsache selbst bewiesen wird, artificialis hingegen, da das zu erweisende Factum aus andern schon erwiesenen oder sonst gewissen Factis durch Vernunftschlüsse gefolgert wird.

§. 4.

Es ist aber wieder ein Unterschied inter Argumenta *necessaria* et *probabilia*. Wenn dasjenige, was angegeben oder vorgebracht worden, nicht anders, als so, wie es vorgebracht oder angegeben worden, vermöge der Umstände

stände sich verhalten kann, oder die Folgerung vom Vorhergehenden aufs Nachfolgende nothwendig ist, so heissen die Argumenta necessaria. Das sind also diejenigen, welche von Umständen hergenommen, vermöge deren sich die Sache anders nicht verhalten kann, als wie angebracht worden. Z. B. Es beschuldiget mich einer, daß ich in dieser Nacht auf der Straße herumgegangen sey, und dem Titius die Fenster eingeschmissen habe, wie kann er das beweisen? Er kann keinen Testem, keine Documenta beybringen, der Eid findet auch nicht statt. Da ist das Medium, wie es dem Richter gewiß gemacht werden kann, noch übrig, wenn ich ihm erweisen muß, daß ich zu der Zeit in der Nacht an einem andern Orte, z. B. ausser der Stadt gewesen bin. Dadurch habe ich mich gereiniget, indem alsdann nicht möglich ist, daß ich in der Nacht dem Titius die Fenster eingeschmissen haben kann. So giebt es auch Argumenta, die von Umständen hergenommen werden, so die Sache nur wahrscheinlich machen, ob sie gleich dem Richter nicht allen Zweifel benehmen. Hier sind es alsdann Argumenta artificialia *probabilia*. Mein Vater hat vor 30 Jahren bey dem Mevius Geld aufgenommen, und sich verbunden, nach einem halben Jahre das Geld wieder zu erlegen. Nun stirbt er, und nach 30 Jahren kömmt der Creditor, und fordert das Geld nebst den Zinsen, ich aber will mich dazu nicht verstehen, so kömmt es darauf an, daß ich dem Richter darthue, daß mein Vater das Geld wieder bezahlt habe. Ich habe aber keine Quittung, noch Zeugen, welche die Bezahlung bezeugen könnten, der Gegentheil läugnet die empfangene Bezahlung, kein Eid findet statt. Da kömmt es offenbar auf Argumenta artificialia an. Nun führe ich die Umstände an, daß mein Vater sehr richtig in seinen Sachen gewesen, während der Zeit selbst Geld ausgelehnt, und sehr viel noch ohne Interessen liegen gehabt, der Gläubiger hingegen sehr hitzig und aufmerksam sey. Da ist freylich nicht wahrscheinlich, daß nicht Solutio geschehen seyn sollte. Deswegen heissen auch diese Argumenta artificialia logica, weil die Regeln der Logik dabey gebraucht werden.

Eine fernerweite Eintheilung der Probationis ist die in *plenam* und *minus plenam*. Probatio *plena*, ein ganzer voller Beweis, ist diejenige, welche durch so viele Beweisgründe geschieht, als nach den Gesetzen zur Erforschung der Wahrheit hinreichend sind, minus plena, wenn diese erforderliche Beweismittel nicht vorhanden sind. Die minus plena ist entweder *semiplena* oder *plus vel minus semiplena*.

§. 5.

Was bewiesen werden muß, sind Thatsachen und auch Jura, in so

weit

weit sie ad Facta zu referiren sind. Denn die Jura, wenn man einmal von ihrer Existenz überführt oder davon gewiß ist, sind zwar gewöhnlich gewiß. Allein manchmal wird auch de Existentia Jurium dubitirt, ob solche Rechte in einem Orte gelten. Dießfalls bedürfen auch selbst Jura eines Beweises. Solchemnach ist die Frage, wie denn das Factum bewiesen wird? Antw. Dasjenige Factum muß bewiesen werden, welches der Beklagte läugnet, das ist dasjenige, so im Libell vorgebracht worden ist, als worauf er sich bey der Litiscontestation eingelassen hat. Wenn es denn zum Beweise kömmt, so müssen Articuli über das Factum gemacht werden, d. i. es müssen alle Umstände in Fragstücke gebracht werden, keine aber, als die im Libell angeführt sind. Deswegen sagt man auch, was nicht libellirt worden, kann nicht artikulirt werden, und zwar muß in einen jeden Artikel nur ein Umstand gebracht werden, sonst, wenn ein Artikel mehr als Einen Umstand in sich enthält, heißt er captiosus, verfänglich, indem ein Umstand wahr, der andere aber nicht wahr seyn kann. Einen kann man zugeben, den andern giebt man nicht zu. Weil also nichts erwiesen werden muß, als was, wenn es erwiesen ist, zur Entscheidung beyträgt, so werden Articuli impertinentes ausgeschlossen. Dieses sind diejenigen, die, wenn sie erwiesen würden, zur Entscheidung der Sache nichts beytrügen. Ueber diese Articulos werden die Zeugen abgehört, solche vorher aber dem Reo ad formanda Interrogatoria communicirt. Da macht er noch Interrogatoria dabey, und fragt hiedurch die Zeugen selbst über die Umstände, wie sie sich verhalten, so ihm freylich frey stehen muß, weil er die Zeugen gegen sich admittiren soll. Denn so muß er sie auch wieder für sich gebrauchen, indem er nämlich solche Interrogatoria an sie macht. Weil denn von dem Beweise die Decisio Causae dependirt, so kann diese sehr befördert werden, wenn der Beweis beschleuniget wird. Deswegen wird nun ein Terminus ad probandum angesetzt, welcher *Terminus probatorius*, Beweißfrist heißt, und nach dem Jure Romano nicht wohl, aber nach dem Jure Saxonico, nach dem er eine sächsische Frist ist, bestimmt ist. Nach dem Jure Romano ist er deswegen nicht certus, weil er ratione Causarum et Personarum einmal größer seyn muß, als das andere, indem einmal ein Beweis weitläuftiger, auch wichtiger ist, als das anderemal. Es kommt also auf den Richter an, in Praxi auf die Gerichtsordnung. Jener präfigirt nach der Beschaffenheit der Sache und der Personen diesen Terminum, wo es sodann nicht nöthig ist, daß binnen der Frist der Beweis vollführt wird. Es ist genug, wenn inner der Beweisfrist die Beweisartikel mit Benennung der Zeugen überreicht worden sind, wenn auch gleich der Beweis selbst nicht vollführt ist. Manchmal sind in einer Sache viele Zeugen abzuhören, und zwar manchmal

wohl 20 bis 30. Es ist hernach ihre Zeugenaussage alle zusammenzuschreiben und ein ordentlicher Rotulus testium zu machen, das erfordert Zeit. Daher ist genug, wenn nur inner der Beweisfrist die Artikel übergeben werden, wo es sodann von dem Richter abhängt, die Sache nach Gutbefinden abzuthun.

§. 6.

Ob nun gleich sowohl nach der Natur der Sache, als den Gesetzen erst nach der Litiscontestation zum Beweis der Hauptsache geschritten werden solle, so leidet doch auch diese Regel ihre gegründeten Ausnahmen. Unter diese gehört vorzüglich der sonst zu befahren habende Verlust der Beweismittel. So oft daher dieser mit Grund befürchtet wird, so oft hat eine solche der Litiscontestation vorangehende Beweisführung statt. Doch muß man zwischen dem Kläger und Beklagten einen Unterschied machen. Dieser ist zu aller Zeit zu Erhaltung der ihm zustehenden Einrede hiezu befugt. Jener, der Kläger hingegen, darf sich selbiger nur in dem Falle bedienen, wenn er ohne selbige an der Klage selbst verhindert würde, oder der Beklagte zögert, auf die gegen ihn angebrachte Klage sich einzulassen, dadurch aber dem Kläger leicht der Beweis erschwert werden könnte. Titius z. B. weiß, daß ihn Mevius, sobald er sein Haus wieder aufbauen wird, einer anmaßlichen Gerechtigkeit wegen belangen wird. Da er nun auf solchen Fall den Ungrund dieses Anspruchs allein durch ein paar schon sehr betagte Männer darzuthun im Stande wäre, diese aber schon kränklich sind, so kann er solche, wenn er will, und noch ehe ihn Mevius belangt, abhören lassen. Hingegen Mevius hat seine Klage bereits angebracht, ich aber zaudere, mich einzulassen. Da aber Mevius seinen Beweis hauptsächlich auf die Aussage eines Manns gründet, der an der Auszehrung darniederliegt, und wahrscheinlich sterben wird, ehe der Beweis ordentlicherweise vorgenommen werden soll, so kann er solchen auch noch vor meiner Einlassung abhören lassen. Dieses Abhören muß mit den sonst gewöhnlichen Förmlichkeiten vorgenommen werden, alsdann aber, wenn es der Kläger gethan hat, muß er es dem Beklagten innerhalb Jahr und Tag anzeigen, oder die Klage selbst anbringen, bey Verlust des Beweises. Der Beklagte hingegen ist hierzu nicht verbunden. Ein solches Verhör heißt mit dem Kunstausdruck: *Examen testium ad rei memoriam perpetuam.*

§. 7.

Der erste Modus probandi und zwar inartificialis ist per Instrumenta. Es ist schon oben angemerkt worden, wie überhaupt der Modus inartificialis probandi darinn bestehe, daß man Argumenta extrinseca brau-

che, den Richter zu überführen, und dieselben nicht von den Umständen der Sache hernehme, um den Richter dadurch de veritate facti zu überführen. Dahin gehört nun das Instrumentum oder Documentum, Urkunden. Denn wenn ein Instrumentum errichtet worden, so ist es eben aus der Absicht geschehen, daß wenn über das Factum Zweifel gemacht werden sollten, dieselben sogleich durch Vorzeigung des Documents gehoben werden könnten. Instrumentum heißt überhaupt jede Schrift, die zur Glaubwürdigkeit einer Thatsache tauglich ist. Solcher sind zweyerley, publica, vel privata. Publica heissen, welche von Personen vermöge der ihnen vom Staate gegebenen Gewalt verfertigt werden. Privata aber heissen, welche privata Auctoritate errichtet werden. Nun kann Auctoritate publica ein Instrumentum errichtet werden, wenn es a persona publica errichtet wird. Dahin gehört der Richter und Notarius. Wenn daher ein Instrumentum errichtet wird coram Judice oder a Notario, so sind es Instrumenta publica. So ist eine gerichtliche Quittung ein Instrumentum publicum, denn sie ist Auctoritate publica errichtet. Was dann Auctoritate publica errichtet ist, das hat auch fidem publicam, daher hat ein Instrumentum publicum fidem publicam. Conf. Bechmanns Diss. de fide Instrumentorum.

§. 8.

Dieses Fidei publicae halber wird es mit Solennitäten errichtet. Was aber a Judice errichtet wird, bedarf gar keiner Solennitäten, wie das, was a Notario gemacht wird. Die Absicht der Solennitäten bey einem Instrumento publico ist, daß nicht ein Unterschleif, Falsa nämlich, vorgehen können. Denn nach obigem kann ein Instrumentum publicum coram Judice oder auch a Notario, als Personis publicis, errichtet werden. Es könnte aber einer leicht die Hand eines Notarii nachahmen, oder demselben sein Notariatssiegel wegnehmen. Das muß man verhüten. Deswegen sind die Solennitäten eingeführt worden, indem nämlich nicht ein jeder versteht, was bey einem Instrumento beobachtet werden muß, und man also leicht etwas versehen kann. Deswegen hat man eingeführt, daß das Instrumentum Notariatus in sich enthalten müsse: Invocationem Nominis divini, das Jahr des regierenden römischen Kaisers, die Römer Zinßzahl oder Indictionem Romanam, wovon Lynker eine Dissert. geschrieben hat, das Jahr der Geburt Christi, nämlich das gegenwärtige a die nativitatis Christi, ferner den Tag, die Stunde, nicht, wann er es ins Reine geschrieben, sondern wann er den Actum vorgenommen, z. B. Zeugen verhört hat, den Ort, wo es ist errichtet worden, z. B. in der Stube, deren Lage beschrieben wird, ob sie gegen Morgen oder Mittag liegt,

beson-

besonders aber ist das Künstlichste, die Indictionem Romanam zu computiren. Eben deswegen ist nicht ein jeder im Stande, ein solches Instrumentum zu errichten, wobey sie computirt werden muß. Wer kein Notarius ist, versteht nicht leicht, wie ein Instrumentum Notarii gemacht werden muß. Von diesen Solennitäten also hat das Instrumentum Notarii seinen Fidem, folglich hat es den Fidem für sich, und darf nicht recognoscirt werden. Conf. Struvs Diss. de Notariis seu Tabellionibus. Wenn nun aber ein Instrument etwas probiren soll, so muß das Original producirt werden, es wäre denn, daß die Copia Exemplificata seye. Copia Exemplificata auch vidimata heißt diejenige, welche coram Judice oder Notario mit dem Original conferirt worden ist. Denn es kann diese Copia sonst nicht beweisen, was in dem Originale enthalten ist, als wenn genau in istam Copiam gebracht worden, was in dem Originale steht. Es kann aber das Original ein Vitium visibile an sich haben, mithin gilt die Copie auch nicht, wenn sie gleich so lautet, wie das Original. Es ist z. B. oben gesagt worden, es müßte keine Rasur sich darinn befinden. Soll daher eine Copia exemplificata eben so wie das Original beweisen, so müssen auch noch bey der Collation und Vidimirung die Interessenten gegenwärtig gewesen, und also zum Actu der Vidimirung citirt worden seyn. Dadurch wird aller Zweifel gehoben, wenn sie selbst wahrgenommen, wie es dabey zugegangen, und gesehen haben, daß das Original kein Vitium visibile habe. Es wird erfordert, daß die Vidimirung, iisdem notis, zifris, Interlineaturis geschehe, wie sie in Originali befindlich ist, in der Absicht, ut salva sit parti adversae Exceptio. (Conf. Strycks Dissert. de Rasura.) Sonst beweißt eine vidimirte Copey nicht plene, wenn nicht alle citirt worden, denen daran gelegen, sondern nur semiplene. Bisweilen aber beweißt sie vollkommen, nämlich in einer alten Sache und wenn sie durch andere Beweismittel unterstützt wird, und zwar auch selbst, wenn man vom Original nichts weiß. Denn eine solche Copie wird den Zeugen vom Hörensagen gleich gestellt, diese aber beweisen in alten Angelegenheiten ebenfalls, c. 42. X. de Testib.

§. 9.

Instrumenta privata aber heissen diejenigen, welche privatim, d. i. ohne öffentliches Ansehen errichtet werden, z. B. wenn einer dem andern eine Obligation oder Quittung giebt. Daher haben sie für sich keine Vim probandi, sondern müssen solche erst per Recognitionem erhalten. Wenn demnach der Andere, gegen den solche producirt werden, sie nicht recognosciren will, muß er sie eidlich diffitiren. Deßwegen heißt es, wenn ein Instrumentum privatum

tum gegen einen producirt wird: aut recognoſcendum, aut jurato diffitendum eſt, d. i. es muß einer ſolches anerkennen, oder aber eidlich beſtättigen, daß das ſeine Hand nicht ſey, die gegen ihn producirt worden. Denn obgleich für den Scribentem das Inſtrumentum privatum nichts beweißt, weil es in propria Cauſa errichtet wird, und es eben ſo viel wäre, als wenn man teſti in propria Cauſa glauben oder einen als teſtem in propria Cauſa admittiren wollte, das nicht zuläßig iſt, ſo beweiſet es doch gegen den, der es geſchrieben hat. Seine eigene Scriptur muß einer auch gegen ſich admittiren, und was einer ſelbſt ſchriftlich eingeſtanden hat, muß er ſowohl zulaſſen, als was er mündlich geſteht. Wenn ich quittirt habe, ſo iſt die Quittung, wenn es keine gerichtliche iſt, Scriptura privata, denn ſie iſt privatim inter Debitorem et Creditorem errichtet, ohne Solennitäten. Dadurch hat nun der Creditor ſelbſt das Factum Solutionis geſtanden, und kömmt es alſo nur darauf an, wenn dieſes Factum durch dieſe Scriptur bewieſen werden ſoll, daß er ſeine Hand recognoſcirt. Will er dieſes nicht thun, ſo muß er ſie eidlich diffitiren, d. i. er muß eidlich erhärten, daß das ſeine Hand nicht ſey. Es giebt auch ein Inſtrumentum, das man quaſi publicum nennt, das nämlich von dreyen Zeugen unterſchrieben, und durch deren Auſſage deſſelben Wahrheit bewieſen werden kann. Zwey aber müſſen wenigſtens noch leben, und ihre Hand und Siegel recognoſciren, auch auſſagen, daß der Tertius dabey geweſen. Lebt keiner mehr, ſo kann es nicht als publicum angeſehen werden. Manchmal könnte nun leicht geſchehen, daß einer ſo leichtfertig wäre, einen falſchen Eid ſchwüre, und eidlich auſſagte, daß das ſeine Hand nicht wäre, die es doch iſt. Wenn daher der Debitor eine Perſon iſt, der man den Eid nicht anvertrauen kann, ſo hat man ein andres Mittel, der befürchteten Diſeſſion auszuweichen, und dahin gehört *Comparatio Literarum*, Vergleichung der Handſchriften. Da werden erfahrne Schreibmeiſter genommen, und ihnen andere Schriften von dem Gegentheile, und zwar ſolche, die er für ſeine Hand ſelbſt ausgiebt, vorgelegt. Darauf müſſen dieſe erfahrne Schreibmeiſter beyde Hände miteinander vergleichen, und ſchwören, daß ſie glauben, daß es einerley Hand ſeye, welches ein Juramentum credulitatis iſt. Nun können ſie ſich freylich auch betrügen, denn man kann nicht ſo untrüglich ausmachen, daß zwey Inſtrumenta von Einer Hand ſind. Weil demnach ob fallaciam, die darunter vorgehen kann, dieſe Comparatio literarum keinen plenam Fidem dem Judici giebt, ſo bleibt noch das Juramentum ſuppletorium übrig. Es beweißt nämlich nur halb, was durch dieſe Comparationem literarum bewieſen werden ſoll, die andere Hälfte des Beweiſes wird alsdann durch den Eid des Klägers oder deſſen, der das Inſtrumentum producirt hat, ſupplirt, und

so macht alsdann sein Juramentum, und das Juramentum partis adversae zusammen plenam Fidem aus, und kann darauf die Entscheidung erfolgen. Manchmal aber, wenn man noch kürzer gehen will, pflegt auch dieses noch gebraucht zu werden, daß auch die Recognitio Instrumenti privati per testes geschieht. Das pflegt in dem Falle zu geschehen, wenn man Zeugen produciren kann, die den Gegentheil das Instrument, z. B. die Quittung haben schreiben oder unterschreiben sehen. Wenn es diese hernach eidlich aussagen, so kann man ihnen viel eher trauen, als dem Gegentheil. Hiebey ist nun aber noch die Frage, ob denn die Handelsbücher der Kaufleute, die auch privatim von ihnen errichtet werden, für sie gar nichts beweisen, da so eben gezeigt worden, daß eine Scriptura privata pro Scribente nichts, wohl aber contra Scribentem beweise? Zu Gunsten des Commerzes ist dieses bey den Handelsbüchern der Kaufleute geändert worden, so daß man denselben einen halben Beweis beylegt. Denn das würde das Commercium allzusehr stöhren, wenn sie allemal, da sie creditiren, Zeugen dabey adhibiren oder Instrumenta darüber errichten lassen müßten. Ob aber gleich die Noth erfordert, daß man ihre Bücher probiren läßt, so probiren sie doch nicht völlig, sondern es heißt nur: Handelsbücher beweisen *semiplene*, halb. Wenn aber ein ganzer Beweis daraus erwachsen soll, muß der Kaufmann das Buch beschwören. Dadurch ergänzt er den Mangel an seinem Handelsbuche. Den völligen Glauben kann man ihnen auch nicht beymessen, es könnte ja ein Kaufmann auch gewissenlos verfahren, und mehr aufschreiben, als ausgenommen worden ist. Er kann bey seinen Handelsbüchern auch nachläßig gewesen seyn, daher man solchen Büchern so schlechterdings nicht trauen kann. Freylich aber, wenn der Kaufmann ein ehrlicher Mann ist, und beständig sich accurat bey seinem Buche aufgeführt hat, so daß an der Accuratesse des Handelsbuchs nichts auszusetzen ist, wenn er alles, was er geborgt hat, ordentlich eingetragen, den Tag, Monat und das Jahr, nebst der Causa debendi beygesetzt hat, und dieses alles in negotiis, die seinen Handel concerniren, so verdient es vielen Glauben, ob zwar nicht allen. Ein anderes ist es, wenn er etwa ins Handelsbuch geschrieben hätte, was er verspielt hat, und darnach die Spielschulden durch das Handelsbuch erweisen wollte, da cessirt favor commercii. Wenn demnach überhaupt ein Kaufmann ex alio capite eine Schuld fordert, so beweißt sein Handelsbuch nichts. Es wohnet z. B. einer in des Kaufmanns Haus, dieser setzt den rückständigen Hauszins auch ins Handelsbuch, und will darauf klagen, so beweiset es nichts. Es ist aber nicht zu läugnen, daß man dadurch einem Handelsmanne große Chikanen machen kann, wenn er sein Buch vorzeigen muß, und man es durchgehen und ihm beweisen kann, daß er sehr negligent gewe-

sen, oder in seinem Buche keine Accuratesse beobachtet habe. Es benimmt ihm doch leicht den Credit. Kleins Dissert. de Probatione, quae fit per Libros Mercatorum. Wobey noch zu merken ist, daß es eben nicht nöthig sey, daß der Kaufmann die Kaufmannschaft noch treibe, wenn er aus dem Buche klagt, genug, daß er damals Kaufmann gewesen, da die Schuld gemacht worden. Sodann ist richtig, daß wenn ein Jude wider den andern klagt, sein Buch vim semiplene probandi habe, wider einen Christen aber nicht, dieser schwört vielmehr Juramentum purgatorium, wegen der Juden Haß gegen die Christen.

§. 10.

Die Instrumenta werden ordentlicher Weise erst nach der Litiscontestation vorgelegt, denn ordentlicher Weise wird erst alsdann der Beweis geführt. Allein bisweilen dürfen Urkunden noch dann, wenn auch manchmal die Sache schon geschlossen und zu einem gedeyhlichen Urthel oder Bescheid submittirt worden, vorgelegt werden, wenn man sie nämlich erst gefunden hat. Denn so lange man ein Instrumentum nicht gehabt hat, so lange hat man solches auch nicht produciren können, und wenn man es auch schon gehabt hat, es ist aber kein gewisser Terminus probatorius angesetzt, so kann man es allezeit produciren. Sonst aber, wenn ein gewisser Terminus probatorius angesetzt ist, so müssen die Instrumenta alle sub poena praeclusi in isto termino probatorio beygebracht werden. Alsdann, wenn diese Instrumenta beygebracht und auch recognoscirt sind, so geht die Recognitio doch blos auf die Formalien und auf Veritatem Instrumenti, daß nämlich propter Recognitionem das Instrumentum eben so für wahr, als wie das Instrumentum publicum an und für sich gehalten wird. Weshalben man sagt, das Instrumentum publicum hat allemal Praesumtionem Veritatis et Solennitatis für sich. Das ist aber nur eine Praesumtio Juris, die einen Gegenbeweis zuläßt. Daher kann auch einer ein Instrumentum publicum impugniren. So muß man, wenn ein Instrumentum publicum fälschlich nachgemacht worden ist, mit seinem Beweise dagegen angehört werden. So lange man es aber nicht beweißt, hat das Instrumentum publicum Praesumtionem Veritatis für sich, daß es wahr sey. Wenn aber das Instrumentum privatum wahr ist, nachdem es der Gegentheil, gegen welchen es producirt worden, recognosciren oder anerkennen müssen, so bleibet doch seine Exceptio dagegen allemal in salvo contra Materialia. Wenn er daher gleich das Chirographum recognoscirt, daß es nämlich seine Hand seye, so bleibt ihm deswegen doch, ungeachtet der Recognition, seine Exceptio non numeratae pecuniae in salvo. Es ist hiebey noch der Unterschied inter Transsumtum und Instrumentum zu bemerken.

Trans-

Transsumtum heißt ein Instrument, so aus einem Protocollo Notarii verfertiget ist. Protocollum ist eine Schrift, worein der Notarius alles schreibt, was bey einem Actu passirt ist, z. B. bey Errichtung eines Pachtcontrakts. Zu Haus extendirt er es hernach weiter, und arbeitet es als ein Instrument aus. Wenn daher ein Streit entsteht, so glaubt man dem Protocollo mehr, als dem daraus genommenen Instrument. Dem erstern schadet auch Ausstreichen und Löschen nicht, denn die Parthien pflegen öfters im Contrahiren ihren Willen zu ändern, welches Ausstreichen und Zusetzen veranlaßt. Z. B. Zwey machen einen Pachtcontrakt und nehmen einen Notarium dazu. Es sagt einer, der Herr Notarius setze hin: Ich gebe dem Titius 500 Rthlr. auf 6 Jahre und ein Schwein, endlich aber spricht er: ich will lieber anstatt 6 Jahre auf 9 Jahre den Contrakt haben, und noch 2 Schweine zum Recompens geben, da wird jenes geändert, es schadet aber nichts. Strycks Diss. de Jure Protocolli.

§. 11.

Nun kann der Actor auch Instrumenta, seine Klage, ingleichem der Reus, seine Einrede darinn zu begründen, oder auch zum Gegenbeweis, nöthig haben. Da fragt sichs denn, wenn einer dem andern die Instrumenta, die er nöthig hat, und die der andere besitzt, nicht herausgeben will, wie er es zu halten habe? Antw. Der Actor muß dem Reo die Instrumenta ediren, deren er sich vor der Litiscontestation gegen ihn bedienen kann, denn sonst kann sich ja der Reus ad Litis Contestationem nicht präpariren. Da wir nun oben gesehen, daß er in der Absicht citirt werde, damit er sich ad futuram Litem präpariren und sehen könne, ob es rathsamer seye, in den Proceß sich einzulassen oder davon zu bleiben, welches er aber anders nicht sehen kann, als bis er die Documenta, worinn der Actor seine Intention fundirt, bekömmt, so müssen diese dem Libell mit angehängt und der Actor solche herauszugeben angehalten werden. Und auch nach der Litiscontestation muß der Actor dem Reo diejenigen herausgeben, welche er nöthig hat, seine Einrede zu begründen, denn sonst könnte der Reus unschuldiger Weise verurtheilt, und die gröste Ungerechtigkeit an ihm ausgeübt werden. Um noch vielmehr ist der Actor dazu gehalten, wenn es eigenthümliche Instrumenta Rei sind. Da kann ja der Beklagte solche wie ein andres Eigenthum vindiciren. Und dieses um so viel mehr, weil die Gesetze dem Beklagten günstiger sind, als dem Kläger. Denn wenn einer verklagt wird, klagt man darauf, daß er verurtheilt werden soll, das ist etwas beschwerliches, daher muß man ihm auch wider den Actorem helfen, daß wenn er Instrumenta gegen den Reum im Besitze hat, er ihm dieselben verabfolgen

lassen

lassen muß. Manchmal kann der Reus auch Instrumenta nöthig haben, die ein Tertius besitzt, ja manchmal gar Instrumenta, die dem Publico zustehen. Der Beständer z. B. giebt vor, er hätte viele Steuern für den Verpachter abgeführt, und will sie am Pachtzins abziehen, der Verpachter läugnet es, so kann der Reus fordern, daß die Rationes publicae oder die Steuerregister herausgegeben werden, damit er dadurch seine Exception möge fundiren können. Hat aber der Reus die Instrumenta des Actoris nicht nöthig, so kann er auch nicht angehalten werden, sie zu ediren. Denn seine Documenta herauszugeben, ist gar etwas gefährliches, und also kann man keinen dazu anhalten, als wo sonst ein anderer darunter leiden müßte. Denn wenn die Documenta herausgegeben werden, kömmt manches heraus, was man sonst nicht weiß, und manchmal entsteht unvermuthet ein neuer Proceß, der sonst geruhet hätte. Daher auch der Actor darüber, ob Reus die verlangten Documenta nöthig habe, ihm den Eid zuschieben kann, und es geht öfters an, daß er sich dadurch von der Herausgabe befreyet. Das ist der Casus, worauf gedeutet wird, wenn man sagt, man habe darauf zu sehen, annon Reus aliunde intentionem *suam* probare possit. Denn gleichwie man auch dem Actori nicht zumuthen kann, Documenta herauszugeben, wodurch er seine eigene Schande gestehen müßte, oder wenn er aus seinen eigenen Schriften unehrlich werden könnte, eben so wenig kann man dem Reo zumuthen, dergleichen Documenta aus der Hand zu lassen, wodurch er dem Actori das Schwerd in die Hand geben würde, um ihn zu erwürgen. Das ist

§. 12.

der Grund, warum der Reus ordentlicher Weise nicht angehalten werden kann, Instrumenta dem Actori zu ediren, denn sonst müßte er ihm selbst erst die Argumenta gegen sich an Handen geben. Ein Actor muß nicht keck den Proceß anfangen, sondern in seiner Absicht schon begründet seyn. Ein andres aber wäre es, wenn die Documenta dem Actori eigenthümlich zustünden, da kann er sie von dem Reo wie andere Sachen, die ihm eigenthümlich sind, vindiciren, und so auch, wenn die Documenta communia sind, z. B. Inventaria, Libri Mercatorum, Pacht-Kaufbriefe. Weil sie alsdann auch pro parte propria zu halten sind, so kann der Actor dieselben fordern, wie sie der Reus von ihm fordern kann, indem beyde gleiches Recht dazu haben. Dieses gehört unter die Exceptiones, deren Struv Meldung thut. Dann muß überhaupt, wenn man sonst nicht hinter die Wahrheit kommen kann, der Beklagte mit den Instrumentis herausrücken. Denn wenn man die Sache nicht anders entscheiden kann, so ist kein anderes Mittel übrig, als daß Editio geschehe, indem die Sache doch

einen

einen Ausgang haben muß. Nun kann es vielfältig geschehen, daß der Actor gar nicht beweisen kann, als wenn das Instrumentum herausgegeben wird. Ein anderes ist es auch in dem Falle, wenn der Actor selbst als Reus anzusehen ist, da muß ihm der Reus ebenmäßig die Instrumenta herausgeben. Es wird aber Actor als Reus bey der Replik angesehen, mithin muß ihm ad fundandam Replicam der Reus die Instrumenta herausgeben. Daher braucht auch der Actor Reo die Documenta nicht herauszugeben, wenn der Beklagte eine Widerklage anstellt. Hier ist er der angreifende Theil, also fällt der Favor Defensionis hinweg, und mag Reus sehen, wie er den Acto em überzeuget. Sodann steht auch dem Fisco ein Privilegium zu, daß er a Reo editionem Documentorum fordern kann, nicht aber den Kirchen, da besondere Vorrechte sich nicht von einem Falle auf den andern ausdehnen lassen. So im Gegentheile, wenn zum Nachtheile gewisser Personen, z. B. Zinßwucherer, editio gefordert wird, kann sie nicht verweigert werden. In Criminalibus überhaupt ist der Beklagte allezeit schuldig, dem Actori, als Fiscal, die Documenta zu ediren, wenn es darauf ankömmt, daß man des Beklagten Delictum desto besser daraus evinciren kann. Hat einer falsche Münze gemacht, da muß er schwören, und wird heut zu Tage gleich alles von seinen Baarschaften versiegelt. Man setzet Commissarios, die sie durchgehen müssen. Findet man auch noch hernach etwas, so wird es gleich dem Fisco gegeben.

§. 13.

Das Juramentum editionis hat statt, wenn ein Verdacht gegen einen vorhanden ist, daß er Instrumenta geflissentlich vorenthalte. Denn da muß er schwören, daß es nicht an dem sey, daß er die Instrumenta, die von ihm verlangt werden, besitze. Allein das Juramentum Editionis ist auch etwas verhaßtes, da nämlich einer schwören soll. Denn man kann auch einen nicht so schlechterdings anhalten, einer Sache halber zu schwören. Daher muß man erst einen Verdacht gegen ihn erregen können, daß er die Instrumenta, welche gefordert werden, besitze. Alsdann aber, wenn man einen Verdacht oder Indicia gegen ihn excitirt hat, und er will doch mit den Documenten nicht heraus, so geht es an, ihn zum Eid anzuhalten, daß er die Instrumenta nicht habe, sie auch nicht gefährlicher Weise ab Handen kommen lassen. Allein manchmal fehlt es einem an Mitteln, den andern nur in Verdacht zu bringen oder eine Muthmassung zu erwecken, daß er die Instrumenta besitze, sondern man vermuthet nur, er müßte Instrumenta haben. Damit also einer den andern nicht blos vexiren könne, so kann, ehe solcher Eid abgeschworen wird, der Deferens angehalten werden, sich von aller Gefährde zu reinigen, was-

massen er nämlich nichts gefährliches darunter im Sinne führe, und also, wenn mir einer das Juramentum Editionis deferirt, kann ich ihm vorher das Juramentum calumniae deferiren. Schwört er nun, daß er nichts gefährliches darunter im Sinn habe, was er von mir zu schwören fordert, so kann ich mich nachher des Eids nicht entschlagen, sondern wenn ich in meinem Gewissen sicher bin, daß ich keine Instrumenta habe, noch auch ab Handen habe kommen lassen, kann ich desto sicherer das Juramentum Editionis abschwören. Das wird denn auch manchmal einem Dritten zugeschoben, so daß es nicht nur Partes litigantes einander deferiren, nämlich in dem Falle, wenn vermuthet wird, daß er Instrumenta in Händen habe. Wie denn auch ein Dritter zur Herausgabe einer Urkunde eben sowohl als ein Zeuge zur Kundschaft angehalten werden kann. Um noch vielmehr muß also ein Tertius Instrumenta publica ediren. Z. B. Wenn der Notarius ein Inventarium aufgesetzt, solches aber noch nicht ins Reine gebracht hat, kann es ein Erbe, wo er es braucht, von ihm fordern. Eben so muß auch der Richter Acta, die einer und der andere Theil braucht, dem darum Ansuchenden herausgeben, weil sie beyden Theilen gemein sind.

§. 14.

Dieses Abverlangen der Urkunden findet nicht statt in Processu executivo, denn in Processu executivo findet keine Exceptio statt, als die sogleich auf der Stelle bewiesen werden kann. Das könnte aber nicht geschehen, wenn man den Beklagten, um seine Einrede zu begründen, wollte die Urkunden herausfordern lassen. Gesetzt Titius belangte den Mevius auf einen Wechsel, so ist Processus executivus vorhanden, denn auf einen Wechsel kann man gleich executive klagen. Mevius aber opponirte Exceptionem non numeratae pecuniae und offerirte sich durch jenes sein Handelsbuch, seine Exceptionem non numeratae pecuniae gleich zu erweisen, wie nämlich der Posten im Handelsbuch nicht angeschrieben wäre, so geht das nicht an. Denn auf diese Weise beweißt er nicht auf der Stelle seine Einrede, wenn er erst das Handelsbuch heraushaben will, und wäre das eine Exceptio altioris indaginis, oder die eine weitläuftige Untersuchung erst noch erforderte.

§. 15.

Es giebt auch eine Strafe für den, der sich weigert, Instrumenta zu ediren, die er doch im Besitze hat. Weigert sich der Actor, dem Reo die Instrumenta herauszugeben, so wird er sachfällig, er wird weiter nicht gehört, und die Urkunden werden für ausgeantwortet gehalten, d. i. man declarirt nämlich,

lich, daß dasjenige hierdurch vom Actore gestanden werde, was durch Documenta bewiesen werden sollen, die der Actor nicht herausgeben will. Denn es ist ja zu vermuthen, daß er eben deswegen die Documenta nicht herausgeben und auch nicht schwören wolle, daß er die Documenta nicht habe, weil er befürchtet, der Reus werde seine Exceptionem dadurch beweisen können, und also gesteht er es. Daher kann man sie in Contumaciam pro editis halten. Weigert hingegen sich der Beklagte, Documenta zu ediren, so kann man eben diese Strafe erkennen, und sie pro editis halten. Manchmal aber, wenn etwa der Nachtheil, so davon abhängt, allzugroß wäre, kann man dem Reo noch eine Geldstrafe auferlegen, und ihn dadurch zwingen, die Instrumenta herauszugeben. Und eben das wird auch gebraucht, wenn man ihn ad recognoscendum Documentum anhalten will. Will er es nicht recognosciren, noch auch eidlich diffitiren, so kann man in poenam das Instrumentum pro recognito halten. Es ist auch dieses gewöhnlich, ut Articuli tenor pro tali, qualis expositus est, habeatur, oder daß in dessen Verbleibung, d. i. wenn er keines von beyden thut, nämlich weder schwört, noch das Document edirt, der Artikel, wobey das Document angeführt ist, für eingeräumt gehalten werden soll. Diese Geldstrafe ist am gewöhnlichsten bey dritten Besitzern von Urkunden. Denn wenn ein Tertius Instrumenta besitzt, die entweder der Actor oder Reus von ihm beym Processe haben will, und er will sie nicht ediren, auch nicht schwören, daß er die Instrumenta nicht habe, so ergehen Mandata compulsorialia, d. i. Zwangsbefehle an ihn, wodurch ihm erstlich gedrohet wird. Befolgt er dergleichen Zwangsbefehle nicht, so wird er dazu durch Geldbussen gezwungen, bis er sich bequemt, die Urkunden herauszugeben. Es wird aber allemal dabey vorausgesetzt, daß es eine gerechte Sache ist. Denn daß der Dritte, wenn er unter andrer Gerichtsbarkeit ist, per Requisitoriales müsse angehalten werden ad edendum Instrumenta, das versteht sich aus dem, was oben schon gesagt worden, daß nämlich, wenn einer sub aliena Jurisdictione steht, und zu etwas gezwungen werden soll, solches nicht anders geschehen könne, als durch Requisition seiner Obrigkeit.

§. 16.

Nun kommen wir an die Materie von den Zeugen, ihrer Fähigkeit und Untüchtigkeit. Es heißt Testis diejenige Person, durch welche dem Richter der zu erweisende Umstand erwiesen wird. Es wird also zweyerley zu einem Zeugen erfordert, woraus seine Habilitas zu beurtheilen, 1) Scientia, daß er das Factum weiß, und 2) Sinceritas, daß er es niemand zu Leide noch zu Liebe, noch auch etwas Falsches aussagen will. Das sind die zwey

allgemeinen Eigenschaften der Zeugenfähigkeit. Ueberhaupt müssen es solche Leute seyn, welche die Wahrheit sagen können, und auch sagen wollen. Nun sagt die Schrift selbst schon, in zweyer oder dreyer Zeugen Mund bestehe die Wahrheit. Denn wenn zwey Zeugen in ihrer Aussage mit einander übereinkommen, so ist nicht wahrscheinlich, daß sie erstlich nicht wissen, was vorgegangen, oder sich etwa in ihrer Meynung betrogen haben, es ist auch nicht wahrscheinlich, daß sie sollten anders ausgesagt haben, als ihr Gewissen es ihnen sagt, mithin muß man dasjenige für wahr halten, wohin ihre Aussage gehet. Freylich aber, wie Struv sagt: faciunt plenam fidem duo testes, sed omni Exceptione majores, d. i. an deren Tüchtigkeit nichts auszusetzen ist. Denn man sagt, daß plena Fides dem Judici gemacht oder plene probirt werde, wenn dem Richter alle Zweifel in Ansehung eines Umstands gehoben sind. Eben daher giebt es auch eine Probationem semiplenam, welche dem Judici die Dubia nur pro parte dimidia benimmt. Vnus, sagt Struv, beweise semiplene regulariter, und giebt also zu verstehen, daß auch manchmal unicus testis plene erweise, z. B. wenn er ein Testimonium intuitu Officii sui publici ablegt. Z. E. wenn ein Pfarrer ein Testimonium von sich giebt in Ansehung des Trauens oder der Taufe, so ist er zwar hiebey nur unicus Testis, jedoch Testis, qui plene probat, weil er in Ansehung seines Officii das Testimonium ablegt. Eben so verhält es sich, wenn Gerichtsbothen von der geschehenen Insinuation zeugen. Wenn nun Struv ferner sagt, daß zwey minderfähige Zeugen doch Vermuthung erregen, so ist es so zu verstehen, daß sie Probationem semiplenam minorem machen, denn Probatio semiplena minor ist so viel, als eine Praesumtio.

§. 17.

Da nun ein Zeuge überhaupt untüchtig (inhabilis) ist, wenn es ihm an der Wissenschaft des zu erweisenden Umstandes fehlt, so ergiebt sich ferner, da diese einen Verstand voraussetzt, daß wenn man einen ansieht, als hätte er noch gar keinen Verstand, man ihm auch keine Scientiam Facti beymessen könne. Solchergestalt ist Infans oder Infantiae proximus ein schlechterdings untüchtiger Zeuge, indem derjenige, so noch unter 7 Jahren ist, in Rechten angesehen wird, als wenn er noch gar keinen Verstand hätte. Denn ob er gleich schon einigen Verstand hat, so ist es doch in Ansehung der Negotiorum civilium so viel, als hätte er noch keinen Verstand, indem man auf dasjenige, was ein Kind sagt, gar nicht achtet. Wenn er hingegen pubertati proximus ist, so ist es anders. Er hat schon einigen Verstand, so daß wenn etliche zusammenkommen, sie doch eine große Präsumtion machen, wenn sie

einstimmig aussagen, daß also einer, der 13 Jahre alt ist, schon Praesumtionem bewirkt. Um noch vielmehr also kann einer, der 18 Jahre ist, von dem, was er im 13ten Jahre gesehen, deponiren. Da ist ja noch mehr Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß wenn er dabey verbleibet, er gewiß wissen müsse, was sich zugetragen, und es verstanden, und sich nicht etwa in seinem Urtheile betrogen habe, insofern nämlich die Sache nicht über seinen Horizont gewesen ist. Solchemnach können Leute, die noch nicht 14 Jahre alt sind, Mädchen über 12 Jahre, nur indicia machen, nicht aber Zeugen abgeben. Unterdessen in Criminalibus, wo Probationes luce meridiana clariores, d. i. solche Beweißthümer erfordert werden, die dem Richter alle Zweifel benehmen, kömmt ein Minor, der über 14 Jahre, aber noch unter 20 ist, wenn es auf die Condemnation ankömmt, ebenfalls nicht weiter in Betrachtung, als Anzeigen zu erregen oder als ad semiplene probandum. Denn ein solcher kann sich doch noch leicht betrügen oder in seinem Urtheile übereilen. Daher zwey solche Minores, wenn sie einhellig aussagen sollten, wie sie jemand haben umbringen sehen, den Thäter, den sie davon angeben, doch weiter nicht, als auf die Folter bringen können. Um ihrer Aussage halber allein kann einer nicht getödtet werden. So sagt auch Struv. Ob aber gleich ein solcher Minor nicht gegen den Angeklagten zeugen kann, so kann er doch für ihn zeugen. Z. B. Es kömmt einer in Inquisition wegen Ehebruchs. Es sind 2 Zeugen gegen ihn, der eine ist 15, der andere 17 Jahre alt, und er soll nun verurtheilt werden, so kann es wegen solcher 2 Zeugen nicht geschehen. Soll er aber losgesprochen werden, und er hat nur einen Zeugen von 16 Jahren für sich, so hilft ihm derselbe. In bürgerlichen Fällen hingegen können Minderjährige zeugen. Alten Leuten hingegen oder Weibern fehlt es am Verstande nicht, daher können sie auch propter Senectutem oder sexum von der Zeugenschaft nicht ausgeschlossen werden, es wäre denn, daß ihr Zeugniß in einer Sache, wo ihre Sinne, die schwach sind, sie hätten betrügen können, erfordert würde, z. B. wenn es auf das Sehen ankömmt, welches bey den alten Leuten so sonderlich nicht mehr ist, da können sie sich leicht betrügen, mithin kann man in dergleichen Fällen gegen sie excipiren. Wenn Leute als Zeugen angegeben werden, die auf dem Todbette gelegen, da muß man sehen, ob sie noch Verstand gehabt haben oder nicht. So lange sie noch Verstand gehabt haben, wenn sie gleich auf dem Todbette gelegen, so lange sind sie gültige Zeugen, wo nämlich sonst alles sich der Ordnung gemäß verhalten, und nichts an ihrer Sincerita-te ausgesetzt werden kann. Wo sie aber noch Verstand haben, da kann anders nichts, als Wissenschaft der Umstände bey ihnen verlangt werden. Und so verhält sichs auch bey Tauben, Stummen und Blinden. Wenn sie die

Sache noch durch ihre Sinne haben vernehmen können, so kann an ihrer Scientia nichts ausgesetzt werden, weil sie dieser Fehler ungeachtet doch Verstand haben können. Was das Requisitum Sinceritatis betrift, so fehlt solches und wird bey einer wegen Verbrechen unehrlich gewordenen Person und bey Meineydigen nicht vermuthet. Infamia facti aber ist nach obigem so groß nicht, als wie Infamia juris. Daher mindert Infamia facti nur die Glaubwürdigkeit, oder solche Leute sind nicht ganz untüchtig zur Zeugenschaft. Wenn sich einer gleich Infamiam Facti in Contractibus infamantibus zugezogen haben sollte, kann man ihn doch deswegen nicht absolute verwerfen. Jedoch wird er Testis non omni Exceptione major. Der Richter hat nämlich zu ermessen, wie weit man ihm trauen darf. Ferner ist nicht zu präsumiren, daß einer aufrichtig mit der Wahrheit herausgehen werde, wenn er in eigener Sache zeugen soll. Es heißt aber propria Causa diejenige Sache, woraus Schaden oder Vortheil für den andern erwachsen kann. Wer daher mit einem in genauer Freundschaft steht, kann nicht zeugen, ist er aber Beyder Freund, so wird er zugelassen. Eben deswegen, obgleich ein Bruder in Sachen seiner Geschwister nicht zeugen kann, weil ihn die Verwandtschaft verleiten möchte, so kann doch, wenn ein Sohn wider seinen Bruder oder Schwester processirt, der Vater oder Mutter Zeugen abgeben, weil gegen beyde Theile die gleiche Freundschaft vorhanden ist. So auch, wenn zwey Brüder mit einander processiren, kann der dritte zeugen. Es ist aber auch propria Causa, wenn einer, der von dem andern ein Todfeind ist, in einer Sache desselben zum Zeugen angerufen wird, der kann aus Haß leicht etwas gegen die Wahrheit aussagen, daher ist er kein Testis habilis, wo er nicht Beyder Feind ist. Eben deswegen sind die Ungläubigen, z. B. die Juden, wenn sie gegen Christen zeugen sollen, untüchtige Zeugen. Weil sie aber gegen die Christen einen gleichen Haß haben, so werden sie zugelassen, wenn zwey Christen etwas mit einander zu thun oder Proceß haben. Gleichergestalt macht einen sehr verdächtig, daß er mit der Wahrheit nicht aufrichtig herausgehen werde, wenn er ein naher Anverwandter, wie vorhin schon gedacht ist, von einem der streitenden Theile ist. Die Eltern aber können in Ansehung des Alters ihrer Kinder zeugen, z. B. wenn einer in integrum propter minorennitatem restituirt seyn will. Dieses müssen die Eltern wissen, ob er noch Minor ist. Wenn einer in des andern seinem Brode oder Diensten steht, so ist wieder zu befürchten, daß er um deswillen mit der Wahrheit nicht herausgehen werde. Denn wenn es ihm an der Scientia Facti nicht fehlt, so ist doch zu befürchten, daß es ihm an der Sinceritate oder Aufrichtigkeit fehle, ausser er sey nicht mehr in Diensten, alsdann kann er einen Zeugen abgeben. Ingleichem wenn der

Mann

Mann Ehebruchs halber klagt, und das Kammermädchen, die es gesehen hat, zum Zeugen braucht, wird sie admittirt, weil sie Beyden zugehört. Die Frau kann nichts dagegen einwenden. So ist auch die Causa propria in Ansehung dessen, gegen welchen derjenige, den sie directe concernirt, den Regreß hat. Es kann der Käufer nicht den Verkäufer zum Zeugen anführen, weil er gegen denselben den Regreß haben kann, so auch nicht der Bürge den Hauptschuldner. Nichtweniger sind Unterthanen in Ansehung ihrer Herrschaft verdächtig, daß sie mit der Wahrheit nicht herausgehen, und sich vor ihrer Obrigkeit scheuen werden, es sey denn, daß ihre Unterthanenpflicht ihnen remittirt oder relaxirt worden wäre, welchenfalls auch die Bauern in Sachen des Edelmanns ein gültiges Zeugnis ablegen können, wenn sie ihrer Pflichten entlassen sind. Conf Strycks Disp. de Remissione obsequii. Es verbindet zwar die Unterthanen der Eid nicht, wider die Wahrheit zu sprechen, wenn es gleich des Herrn Vortheil betrift. Weil aber die wenigsten die Moral studiret haben, so erläßt man ihnen den Eid, damit sie sich kein Gewissen machen. Ausserdem fragt sichs, ob denn, wenn die Sache eine ganze Gemeinde, Stadt, Dorf oder Innung angeht, die Glieder derselben Zeugen abgeben können? Da muß man sehen, ob die Causa propria ist oder nicht. Propria ist sie, wenn Singuli ein Interesse dabey haben, anders aber ist es, wenn sie es nicht haben. Um so vielmehr also ist einer Testis habilis, wenn einer nur Membrum Universitatis gewesen und nicht mehr ist. Aus besondern Gründen dürfen auch die Beichtväter nicht entdecken, was ihnen im Beichtstuhle anvertraut worden ist, ausser es entstünde durch das Verschweigen für den Staat, die Kirche oder einen Dritten ein unersetzlicher Schade. Das heißt Sigillum Confessionis, wovon Adrian Beyer besonders geschrieben hat. Und zwar darf ein Geistlicher nichts aus der Beicht schwatzen, wenn es auch Magistratus verlangte. Thut er es bey Evangelischen sponte, so bekommt er einen Ausputzer, er wird suspendirt, und wenn man hart zu verfahren hat, removirt. Bey den Katholischen wird er in ein hartes Kloster zur Buße gesteckt. Conf. Stryck de Credentiae Revelatione. Gemeiniglich aber wird es zu weit extendirt. Es ist freylich an dem, daß wenn ein Geistlicher ohne Unterschied zum Zeugen in einer Sache angegeben werden könnte, worinn sich ihm einer vertrauet hat, so könnte das Gewissen sehr darunter beschwert werden, denn so würde man sich sehr in Acht nehmen, dem Geistlichen sich zu vertrauen. Wenn aber ein damnum irreparabile, ein noch zu begehendes Verbrechen darunter enthalten seyn, ja wohl gar vita innocentis judicis tamen gravati dabey periclitiren, auch der Untergang des Staats bevorstehen sollte, wo nicht offenbar würde, was einer

vor hat, so geht das Sigillum Confessionis darauf nicht. Eben deswegen ist also in allen Fällen, wo einem unschuldiger Weise an seinem Leben geschadet würde, der Sacerdos an sein Sigillum Confessionis nicht gebunden. So verhält es sich auch bey Advocaten, die eben so wenig dasjenige aussagen dürfen, was ihnen der Client anvertraut hat. Denn sonst könnten sie ihm sehr schaden, und würde man sich nicht leicht einige Justitz versprechen können, wenn die Arcana Causae so indistincte entdeckt werden dürften. Eben dadurch begeht ein Advocat das Crimen Praevar cationis, wenn er die Arcana Causae verräth. Daher kann er auch nicht einmal eidlich zur Entdeckung der ihm eröfneten Geheimnisse angehalten werden, wenn er auch gleich kein Advokat mehr ist. In Causa aliena kann er zeugen, die ihn nämlich nichts angeht, z. B. wenn mir ein anderer Advokat darinnen dient. Z. B. Ein Advokat dient mir in Causa mutui, ein Anderer in alia Causa, so kann dieser in der erstern ein Zeuge seyn. Wie nun Advocati pro Clientibus nicht zeugen können, also können auch Vormünder für ihre Pupillen nicht testiren. Unter Tutores gehören auch Curatores. Propter commodum honoris können sie nicht Zeugen abgeben, wenn auch schon die Tutel zu Ende wäre. Der Advokat kann also übrigens von dem Gegentheile contra Clientem producirt werden, wenn er nur nicht aussagt, was ihm sein Client heimlich entdeckt hat.

§. 18.

Demungeachtet werden manchmal Testes inhabiles zugelassen in denjenigen Fällen, wo es unmöglich ist, andere aufzubringen, oder si aliter veritas haberi nequit. Denn allemal heißt es, wenn ein Beweis nach der Natur der Sache nicht vollkommen gemacht werden kann, so muß die imperfecta pro perfecta gehalten werden Z. B. Wenn ein Waldfrevel oder sonst ein Delictum im Walde begangen worden, wovon nicht leicht jemand Nachricht haben kann, als etwa ein Jäger oder Köhler, und nun ein Köhlersjunge von ferne gestanden, aber nur 13 Jahre alt ist, so wird er pro Teste angenommen, quia veritas aliter haberi non potest. Es hat aber doch nicht die Meynung, daß dieses Jungen Aussage eine völlige Glaubwürdigkeit bewirke, sondern nur einigen Beweiß, wenn andere Zeugen dazu kommen. Man setze z. B., daß der Streit einen Ehebruch betrift, und davon niemand, als der Bediente zeugen kann, so muß man in der Sache auch die Bedienten als Testes habiles ansehen, die sonst nicht als Testes habiles admittirt werden. Denn von solchen häuslichen Angelegenheiten kann ja sonst niemand Wissenschaft haben, als das Gesinde. Eben deswegen sind sie nur Testes inhabiles von

Sachen

Sachen, die auſſer dem Haus vorgegangen ſind. So verhält es ſich auch in Anſehung der Geburt der Kinder, da muß man manchmal auch die Eltern als Zeugen gelten laſſen, obgleich ſonſt die Eltern in Cauſa Liberorum verdächtig ſind, manchmal aber kann man nicht anders hinter die Sache kommen, als durch die Eltern. Sodann ceſſiren auch die obigen Verdachtsgründe in verſchiedenen Fällen. Ein Anverwandter kann nach obigem gewöhnlich nicht admittirt werden. Wenn hingegen einer zweyen auf gleiche Weiſe verwandt iſt, ſo iſt kein Verdacht, daß er einem zu Lieb oder zu Leid etwas ſagen werde, daher iſt er in dem Falle doch Teſtis habilis. Gleichermaſſen, obgleich ein Anverwandter, auch nur ein Freund, für einen kein Teſtimonium ablegen kann, ſo kann er doch gegen einen ein Zeugniß ablegen, da iſt er nicht verdächtig. Allein Anverwandte, und inſonderheit in auf- und abſteigender Linie, können nicht gezwungen werden, ein Zeugniß gegen einander abzulegen, auſſer in dem Falle, wo keine andere Zeugen zu haben ſind, und die Cauſa doch ſonſt nicht entſchieden werden könnte. Es iſt hier noch zu merken, daß es nicht bey einem Zeugen ſtehe, ob er zeugen wolle oder nicht. Es liegt dem Staat daran, daß er zeugt. Man kann ihn allenfalls zwingen. Die Zwangsmittel ſind z. B., daß er eingeſteckt und mit Waſſer und Brod geſpeißt wird. Ja er kann auch unter gewiſſen Umſtänden gefoltert werden, aber nur mit dem erſten Grad. Sagt er: weil ihr ſo mit mir verfahret, will ich gar nichts ſagen, ſo muß er losgelaſſen werden. Daß ein Zeuge unter des Henkers Hand kommt, iſt hart. Deswegen müſſen drey Umſtände ſeyn: 1) Cauſa ardua, criminalis, in Civili geht es nicht an. 2) Muß man gewiß wiſſen, daß er z. Ex. bey dem Todſchlag geweſen, ſonſt geht die Folter nicht an. 3) Daß man ohne dieſen Zeugen hinter die Wahrheit nicht kommen könne. Auſſer dem Beichtvater und Advocaten machen auch die Anverwandten eine Ausnahme von dieſer Regel, indem ſie nicht gezwungen werden können, auſſer man kann ſonſt die Wahrheit nicht haben. Ludovici Diſp. de Teſte contumace. Aus welchem allem zuſammengenommen ſoviel erſichtlich iſt, daß einige als ganz untüchtige Zeugen verworfen, das iſt, nicht einmal angehört werden, andere hingegen zwar angehört werden, aber in Anſehung gewiſſer Umſtände verdächtig ſind. Oder die Teſtes ſind entweder *inhabiles*, oder blos *ſuſpecti*.

§. 19.

Was die Art, durch Zeugen zu beweiſen, anbelangt, ſo iſt aus obigem bekannt, daß Probatio des Richters halber geſchieht, weil er ohne Beweis den Proceß nicht abthun kann. Daher geſchieht ſie ordentlicher Weiſe in Gerichten vor dem Richter. Manchmal aber, wo der Zeugen und Artikel viele

sind, geschieht sie auch auſſer Gericht, per Commiſſarios, und da werden etwa ein Secretarius nebſt einem Aſſeſſor vom Richter ernennet, die das Zeugenverhör halten. Derjenige nun, der die Zeugen vorführt, um dadurch zu beweiſen, heißt Producent; derjenige aber, gegen welchen die Zeugen vorgeführt werden, heißt Producr. Die Zeugen werden über Artikel, in welche das Factum probandum gebracht iſt, abgehört. Solchemnach iſt das erſte, wenn Zeugen abgehört werden ſollen, daß der Producent erſcheint, und ſeine Articulos probatoriales oder Beweisartikel, woraus er den Beweiß führen will, übergiebt. Das ſind Fragſtücke, welche den Zeugen vorgelegt werden. Er bittet dabey, den Gegentheil zu citiren ad videndum jurare Teſtes, oder damit er ſelbſt dabey ſeyn und es mit anſehen möge, wenn die Zeugen ſchwören. Denn einem unbeeidigten Zeugen glaubt man nicht, er mag Politicus oder Paſtor ſeyn. Den Articulis hängt er ein Directorium mit an, denn er giebt manchmal viele Zeugen an, und nicht alle Zeugen wiſſen alle Umſtände des Facti, worauf es ankömmt. Deswegen muß er auch die Articulos übergeben, nicht nur cum Directorio, ſondern auch mit Benennung der Zeugen. Da nennt er die Zeugen, Teſtis Imus und ſetzt ſeinen Namen dabey, Teſtis IIdus und ſo weiter. Die Articuli ſind auch numerirt. Hernach ſetzt er, Teſtis ad Art. 1. I. II. III. IV. etc. ad Art. 6 ſoll nämlich abgehört werden, weil er den Umſtand weiß, den andern aber nicht. Das Directorium iſt alſo dazu geſetzt, daß der Richter wiſſen möge, über welche Artikel er einen jeden Teſtem abhören ſoll, und dieſe Nominatio Teſtium cum Directorio geſchieht hinter den Fragſtücken oder Artikeln, wenn nämlich dieſelben geendigt ſind. Wenn der Producent ſeine Articulos probatoriales übergiebt, ſo legt er ſchriftlich dabey: **Nachdem mir der Beweiß zuerkannt worden iſt, ſo übergebe ich beyliegende *Articulos probatoriales* nebſt *Directorio ſuper quibus*, bitte *Productum* nebſt den Zeugen citiren zu laſſen, *ad videndum jurare teſtes.*** Hierauf werden dieſe Articuli dem Producto, um daraus Interrogatoria zu entwerfen, mitgetheilt, damit er ſieht, ob etwa in den Artikeln etwas geſetzt iſt, ſo ihm präjudiciren könne. Er kann alſo zugleich ſelbſt die Zeugen auch mit darüber fragen laſſen, wie er meynt, daß ſich die Sache verhalten habe, in welchem Fall der Product auch ſolche Interrogatoria über einen jeden Artikel, wo er etwas bedenkliches dabey findet, eingiebt. Er wird aber zugleich bey dieſer Communication citirt ad videndum jurare Teſtes, und werden darauf wieder auch ſelbſt die Zeugen citirt, entweder mediate oder immediate. Denn ſtehen ſie unter dem Richter, bey welchem die Sache anhängig gemacht worden, ſo kann er ſie immediate citiren, ſonſt aber per Requiſitoriales. **In Criminalibus nämlich bittet man den auswärtigen Richter,**

daß

daß er uns den Zeugen zuschicken wolle, weil in loco Inquisitionis derselbe besser verhört werden könne. Manchmal aber und insonderheit in Civilibus läßt man die fremden Zeugen vor ihrem Richter abhören, welches diesen Sporteln bringt. Wenn nun die Citationes alle erlassen sind, so geht der Actus examinis Testium oder das Zeugenverhör vor sich, nämlich in dem dazu anberaumten Termin, welcher in der Citation exprimirt wird. An selbigem tritt ein jeder mit seinen Zeugen zusammen, und thut der Richter eine Anrede. Hierauf erscheint der Producent mit seinen Zeugen, und dankt vorerst dem Richter, daß er den Productum ad videndum jurare Testes habe citiren lassen, und bittet, die Zeugen ihren Zeugeneid abschwören zu lassen, und selbige sodann zu verhören. Ist ein Zeuge abwesend, so bittet er, solchen bey Strafe, auch allenfalls geschärfter, zu citiren. Darauf übergiebt der Product seine Interrogatoria, und bringt vor, was er gegen die Zeugen etwa zu excipiren habe. Da kann es nun manchmal seyn, daß aus dem Zeugenverhör nichts wird, sondern erst über die Zulaßigkeit der Zeugen besonders verfahren und Producenti aufgelegt wird, bessere Zeugen oder Artikel beyzubringen. Sonst aber, wenn der Product nichts gegen die Zeugen hat, so bedankt er sich gegen den Richter, und consentirt in das Verhör, reservirt sich aber seine Jura und Exceptiones. Hierauf geht der Actus damit an, daß die Zeugen den Zeugeneid in Gegenwart des Producti oder seines Advocati seu Procuratoris ablegen. Da ist nun das Officium Judicis, daß er die Zeugen erstlich wegen zu vermeidenden Meineids erinnern muß. Deswegen heißt es allemal, es habe der Zeuge geschworen praevia Avisatione de vitando perjurio. Sie werden nämlich erstlich erinnert, was der Eid zu sagen habe. Darauf muß dann ein jeder nach dem andern schwören, und es ist am kürzesten, daß, wenn man viele Zeugen hat, man sie alle in einer Reihe herumstehen läßt, und ihnen hernach den Zeugeneid vorsagt. Er sagt z.B.: Demjenigen, so mir jetzt ist vorgehalten, und ich wohl verstanden habe ꝛc., da muß ein jeder, wenn ihrer auch gleich 20 bis 30 sind, in der Reihe diese Worte nachsagen. Hernach geht es so weiter fort, nämlich: gelobe und schwöre ich in allem treulich und ohne Gefährde nachzukommen, so wahr mir Gott helfe ꝛc., welches nun auch wieder alle so herum nachsprechen müssen, nachdem sie die Schwörfinger dabey aufgehoben, bis endlich der Zeugeneid unter den 20 bis 30 Zeugen herumgekommen ist. **Walther** de valida per Testes injuratos probatione, **Joh. Sam. Stryck** de Testimonio injurato. Hiernächst werden die Zeugen abgehört. Ob nun aber gleich alle Zeugen auf Einmal beeidigt werden können, so können doch nicht alle zusammen auf Einmal abgehört werden, sondern wenn sie geschworen haben oder beeidigt worden, kann man sie nach einander verhören, und dann können sich die

Commissarii vertheilen. Z. B. wenn vier bis fünf Commissarii sind, so treten einige zusammen, nehmen eine Parthie Zeugen vor, und hören sie ab, die andern nehmen die andern vor, bis sie endlich so mit allen durch sind. Da denn bey einem jeden Artikel, worüber die Zeugen gefragt werden, allemal die Schrift vorhanden seyn muß, worinnen die Interrogatoria des Producten enthalten sind, und wenn also ein Artikel vorgelesen wird, wobey ein Interrogatorium ist, so muß solches allemal gleich dabey gelesen werden. Es werden aber auch Interrogatoria generalia prämittirt, die der Richter selbst macht, wenn sie nicht schon von dem Producto gemacht worden. Diese generalia Interrogatoria nun halten in sich, 1) wie der Zeuge heisse, 2) wie alt er sey, 3) wovon er sich nähre, 4) ob er dem Producenten verwandt, 5) ob er dem Producten gehässig, 6) wie er zum Zeugnisse komme, ja 7) manchmal, wenn er etwa ruchloß gewesen, oder einen Verdacht gegen sich hat, wann er zum Abendmal gegangen sey. Wohin auch gehört, daß man den Zeugen fragt, wem er den Sieg gönne, damit man sieht, ob er etwa einem mehr favorisire, als dem andern. Da muß er denn antworten, daß es ihm gleich *gelte*, wer gewinne, indem er bey der Sache nicht interessirt seye. Die Aussage nun, die von den Zeugen geschieht, wird vom Secretario niedergeschrieben, und zwar müssen die Worte der Zeugen, so viel als möglich ist, beybehalten werden, damit der Product destoweniger Ausflüchte haben, und nicht sagen kann, der Zeuge hätte seine Aussage so nicht verstanden, als wie sie wäre niedergeschrieben worden, der Secretarius hätte sie nach seinem Verstand niedergeschrieben, denn da sind ipsissima Verba Producti gleich vorhanden. Das muß man insonderheit in Criminalibus wohl merken, wo es auf Leben und Tod der Menschen ankömmt. Eben deswegen giebt es so sonderbare Protocolla in Matrimonialibus, denn wenn da manchmal die Zeugen aussagen, was sie gesehen haben, so muß alles ins Protokoll gesetzt werden, es mag sich schicken oder nicht, wenn es noch so garstig lautet. Der Zeuge muß auch mit Vernunft auf die Artikel antworten, nämlich seinen Grund aus dem Sinne, durch den er von der Sache Wissenschaft hat, anführen. Z. B. Wenn bey einer Injurienklage zum Zeugen genommen, z. B. wahr!, daß Product Producenten eine Maulschelle gegeben, und der Zeuge sagt ja, so muß er die Ursache herholen, nämlich, er habe es gesehen. So kann auch das Interrogatorium lauten, woher es Zeuge sagen könne? Antw. Er habe es gesehen. Daher sagen die Rechtslehrer, ein Zeuge, der keinen Grund anführen könne, rede nicht wie ein Mensch, sondern wie ein Hornvieh. Zeugen vom Hörensagen (de auditu) werden nicht angenommen, ausser über alte Umstände. Z. B. Bey Gränzstreitigkeiten gilt es, wenn die Zeugen sagen, sie haben dieses oder jenes

von ihren Eltern gehört, ferner, wenn es auf Praescript. immemorialem ankommt, die Bauren sagen z. B., sie wissen nicht, daß ein anderer so etwas prätendirt habe. Ausserdem müssen den Zeugen ihre Depositiones noch einmal vorgelesen werden, damit sie sehen, man habe ihren Verstand recht begriffen, und nichts dagegen niedergesetzt. Wo sich ein Zeuge änderte oder anders erklären sollte, da wird es in Margine hinzugesetzt. Sodann wird endlich dem Zeugen das Stillschweigen auferlegt, und heißt es im Protocollo: impositio silentio dimissus. Das wird unter das Protokoll hinunter geschrieben, wobey die Formel gebraucht wird, daß man dem Zeugen verbietet, niemand etwas zu sagen, bis die Zeugenaussage in ihre Offenbarung gekommen, welches er auf seinen gethanen Eid versprechen muß. Wenn das Examen Testium vorzunehmen ist, hat derjenige, der Zeugen producirt, insonderheit darauf zu sehen, ob etwa geschehen könnte, daß sich die Zeugen contradicirten. Wenn er dieses befürchtet, ist es viel besser, daß er nur Einen Zeugen producirt, da solches doch semiplene beweißt. Sonst, wenn die Zeugen einander widersprechen, macht es noch mehr Verdacht gegen einen, als vorher vorhanden gewesen.

§. 20.

Ist nun das Zeugenverhör auf besagte Weise geschehen, so wird nun ein Rotulus gemacht. Es heißt aber Rotulus diejenige Schrift, worinn aller Zeugen Aussagen zu jedem Artikel nach derselben Ordnung und den Interrogatoriis geschrieben werden, worüber ein jeder ist abgehört worden. Vorher ist es noch ein Confusum, zumal wenn das Zeugenverhör particulariter vorgegangen, und von einem Commissario diese Parthie der Zeugen, von dem andern eine andere abgehört worden. Denn da ist es viel zu beschwerlich, alle diese Aussagen über einen jeden Artikel und Interrogatoria durchzulesen, sondern viel bequemer, wenn gleich die Zeugenaussagen bey einem jeden Artikel, und bey einem jeden derselben aller derjenigen Zeugen Aussagen zu finden sind, welche über das Interrogatorium vernommen worden. Z. B. Wenn das Interrogatorium hiesse, wie Zeuge heisse, so wird erstlich der Bogen gebrochen, und auf einer Seite steht ein Interrogatorium oben, hernach unten, wie der Zeuge heisse. Auf der andern Seite wird hernach darüber gesetzt, Testis Imus Mevius, hernach darunter, Testis IIdus Titius, darauf Testis IIItius Sempronius. Hernach wird gesetzt, wovon er sich nähre, das wäre das Interrogatorium generale, worauf steht: Testis Imus von Abschreiben, Testis IIdus er habe sein Handwerk, da kann man geschwind sehen, was ein jeder ausgesagt hat. Dieser Ursachen wegen ist in Recessu Imperii Novissimo besonders verordnet worden, daß der Rotulus auf diese Weise gemacht

werden soll. Wenn sodann aller Zeugen Aussagen ad singulos Articulos et Interrogatoria bey einander sind, so wird es zusammengelegt, und versiegelt, woher eben diese Schrift Rotulus heißt. Da behält sie dann der Richter für sich, damit ein Pars litigans nichts erfahren möge, wie der Rotulus lautet, bis es zur Eröffnung kömmt. Nun ist aber die Frage, wie lange es angeht, Zeugen zu produciren? Struv sagt, in gewissen Fällen seye auch Productio noch erlaubt nach Eröffnung des Zeugenrotuls. Allein das erfordert allemal eine Causam justam, wodurch einer abgehalten worden, zur Zeit, da das Zeugenverhör gehalten worden, die Zeugen zu produciren, z. B. wenn sie nothwendig hätten verreisen müssen, oder würklich verreißt gewesen, und auf die Zeit, wie sie vorgeschrieben, nicht eintreffen können. Publicatio hujus Rotuli heißt demnach derjenige Actus, da der Rotulus oder die Zeugenaussage den Partheyen communicirt wird. Diese geschieht in einem besonders dazu anberaumten Termino. So lang dieselbe nicht geschehen, kann die Productio Testium immer noch vor sich gehen. Es können neue Articuli übergeben, und neue Zeugen vorgebracht werden, denn so lang steht die Zeit zu beweisen immer noch offen. Aber wenn einmal das Zeugenverhör geschlossen, und der Rotulus gemacht auch publicirt worden ist, fällt aller Beweiß in poenam Praeclusi weg, dergestalt, daß nur ob Causas justissimas eine ulterior Productio post Publicationem admittirt wird. Deswegen muß man aufmerksam seyn, daß man Publicationem Rotuli solang, als es noch am Beweiß fehlt, und dagegen protestirt wird, verhindert. Zum drittenmal läßt man wohl neue Zeugen produciren, aber zum viertenmal nicht leicht. Es muß sich denn einer von der Gefährde eidlich reinigen, denn wenn einer zum viertenmal Zeugen aufführen will, und durch dreymalige Production nichts erweisen können, so ist zu befürchten, daß er das viertemal falsche Zeugen producirt. Es kommt auch manchmal auf Repetitionem Testium an. Es ist aber Repetitio Testium derjenige Actus, da die Zeugen ihre Aussage declariren müssen. Denn manchmal kommt etwas vor, so in der Zeugenaussage dunkel ist, so, daß der Richter nicht daraus kommen kann, was sie haben wollen, wo sie dann noch einmal vorgefordert werden und aussagen müssen, worüber sie gefragt worden. Diese Repetitio Testium geschieht a Judice ex Officio, weil er sonst die Sache nicht abthun könnte.

§. 21.

Wann ist nun der Gegenbeweiß zu führen? Antw. Es kann derselbe auf zweyerley Weise geführt werden, erstlich, indem man das Gegentheil directe erweisen will von dem, was der Actor hat beweisen wollen, dann auch,

indem

indem man Exceptiones peremtorias beweisen will, nam excipiendo Reus fit Actor. Was nun die erste Art anbetrift, so wird dazu ein besonderer Termin anberaumt, und muß dieser Gegenbeweiß ante Publicationem Rotuli geschehen. In Sachsen lauft der Termin a die Citationis ad Publicationem Rotuli, da muß einer gleich protestiren und bitten, daß mit der Publicatione Rotuli eingehalten werde, bis er seinen Gegenbewiß geführt habe. Ausser Sachsen aber wird ante Publicationem Rotuli ein besonderer Termin nach dem Jure communi dazu anberaumt, und muß dieser Gegenbeweiß ante Publicationem Rotuli nicht geführt werden, sonst könnte einer leicht, wenn er weiß, was die Zeugen ausgesagt haben, falsche Zeugen aufbringen, die das Gegentheil von dem aussagten, was der Actor durch seine Zeugen dargethan hat. Das fällt bey dem Gegenbeweise, welcher per Probationem Exceptionum peremtoriarum geschieht, weg. Diese kann auch post sententiam reservirt werden, indem man erst abwarten will, wie der Richter auf den Beweis des Actoris sprechen werde. Denn es kann seyn, daß manchmal der Gegenbeweis gar nicht nöthig ist, weil der Actor seinen Beweis nicht hat ausführen können, da will man also erst abwarten, wie gesprochen werde. Auf keine Weise aber kann man einem den Gegenbeweis versagen, denn der Gegenbeweis ist eine species Defensionis. So wenig demnach man einem seine Defension versagen kann, so wenig kann man dem Beklagten den Gegenbeweis abschlagen.

§. 22.

Wenn nun der Rotulus verfertiget auch publicirt worden ist, so kommt es ad Disputationem super Attestationibus an. Was sonst den Gegenbeweis noch anbetrift, so geschieht derselbe auf eben die Art, wie die Probation, auch wieder vermittelst Artikeln, welche Articuli reprobatoriales heissen. Da wird auch der Rotulus so gemacht, wie bey den Testibus probatoribus. Nun könnte freylich der Richter gleich, wenn die Zeugenaussage da ist, dieselbe ansehen, und also untersuchen, ob der Actor etwas bewiesen, oder wie des Rei sein Gegenbeweis beschaffen, ohne daß erst über den Beweis und Gegenbeweis nöthig wäre zu disputiren. Es ist aber doch in Praxi recipirt, daß, wenn der Rotulus Testium publicirt worden, das Disputiren anfängt. Da giebt denn der Actor oder Producent eine Deductionsschrift ein, und deducirt aus dem Rotulo, nämlich durch die Zeugenaussage, was er erweisen sollen, zeigt also, wie die Zeugen nun für ihn ausgesagt haben. Diese Deductionsschrift wird dem Reo communicirt, der läßt sich darauf vernehmen, und excipirt, wie sonst, entweder gegen die Personas Testium,

ſtium, oder unterſucht ihre Ausſagen, ob ſie gegen einander laufen, und ſucht ſich gegen die Deductionsſchrift zu defendiren. Es hat alſo ein jeder zwey Sätze. Wenn es aber in zweyen Sätzen nicht möglich wäre, die Sache hinlänglich zu erörtern, kann man wie ſonſt weiter hinauf gehen. Gewöhnlich geht man jedoch bey der Diſputatione Atteſtationum nicht über die Duplik, und in verſchiedenen Orten, um den Ausgang der Sache zu befördern, pflegt ſogleich der Reus ſeine Exceptionsſchrift einzugeben, ohne daß der Actor erſt noch eine weitläuftige Deduction eingiebt. Denn freylich durch die Deduction wird manchmal die Sache ſehr verlängert, indem allerhand Nova hineingebracht werden, und geſucht wird, die Zeugenausſage zu verdrehen, das nur Anlaß zu Chikanen und allerhand Weitläuftigkeiten giebt, die alle unterbleiben, wenn ſogleich der Reus mit ſeiner Exceptionsſchrift auf den Rotulum communicatum ſich einlaſſen muß. Zum Beſchluß iſt noch de Singularitate Teſtium zu handeln. *Singularitas Teſtium* heißt der Widerſpruch verſchiedener Zeugen über den nämlichen Umſtand. Solche iſt *Obſtativa*, vel *Cumulativa*, vel *Diverſificativa*. *Obſtativa* iſt, wenn der Zeuge dem andern e Diametro contradicirt, da wirft eine Ausſage die andere über den Haufen. Z. B. einer ſagt, der Contract ſeye zum Schluß gekommen, der andere, es ſeye nur bey Tractaten verblieben, da muß eine Ausſage falſch ſeyn, und meritirt alſo keine einen Glauben. *Cumulativa* iſt, wenn die Zeugen zwar von diverſis Factis deponiren, ſie zielen aber ad eundem finem. Z. B. Es ſtreiten zwey ſuper Poſſeſſione, der eine hat drey Zeugen, wovon einer ſagt, er habe den Knecht ruhig pflügen ſehen, der andere, er habe geſehen, daß er geſäet, der dritte, er habe eingeerndtet. Oder, der eine ſagt, wie des Imploranten Vater einen habe hängen laſſen, der andere, er habe einem den Staupbeſen geben laſſen. Dieß ſind diverſa Facta, ſie zielen aber ad eundem Finem. Dieſe ſind allerſeits gültig. Es iſt kein eigentlicher Widerſpruch vorhanden. *Diverſificativa* iſt, wenn die Zeugen zwar in der Sache übereinkommen, allein diſcrepiren, in Anſehung des Umſtands, der Zeit und des Orts. Z. B. Der eine ſagt: Titius habe den Sempronius umgebracht, Mittwochs Morgens, der andere gegen Mittag, der dritte Abends, da wirft eines das andere über den Haufen, mithin iſt nichts bewieſen. Ein anders iſt es bey Factis iterabilibus, z. B. Stupro, Adulterio, da kann es wohl ſeyn, daß einer ſagt, in der Scheure wäre es geſchehen, der andere im Garten, da werfen die Umſtände des Orts die Ausſage nicht um.

§. 23.

Bisher iſt der Modus probandi per Inſtrumenta et Teſtes abgehandelt

handelt worden. Dieſes waren Species probationis inartificialis. Nun kommen wir auf die Probationem artificialem, und da müſſen wir auch den Beweiß per Praeſumtionem vornehmen, wo ſogleich die Frage entſteht, was Praeſumtio und wie vielerley ſie iſt? Es heißt *Praeſumtio* eine Aſſertio Facti ex ratione probabili, eine Behauptung einer Thatſache aus einem wahrſcheinlichen Grunde. Wenn man ein Factum aſſerirt, wohin auch negatio ſeu aſſertio Facti omiſſivi gehört, ſo ſagt man, daß man präſumire, wenn die Aſſertio vel negatio Facti aus allerhand wahrſcheinlichen Umſtänden geſchieht. Es fragt ſich z. B., ob man Praedia libera, oder mit Servitutibus beſchwert, präſumiren ſoll? Antw. Man präſumirt allemal, daß ſie libera ſeyen, denn wenn ſie mit Servitutibus beſchwert ſind, ſo iſt es etwas auſſerordentliches, ſo vorgegangen ſeyn muß, welches man doch niemals präſumirt. Denn man präſumirt nur dasjenige, was gewöhnlich geſchieht, nicht aber das Extraordinarium. Wenn ich demnach behaupte, daß ſich etwas zugetragen habe, oder daß etwas ſey ob rationes probabiles, ſo nennt man es eine Präſumtion. Das Hauptprincipium Praeſumtionum iſt nun, quod Ordinarium praeſumatur, Extraordinarium vero non praeſumatur, praeſumendum, quod fit, ut plurimum. Ueberhaupt wird Praeſumtio ex natura rerum hergenommen. Praeſumtio nun bewirkt ſo viel, daß einer von dem Onere probandi frey wird. Er wird verſchont mit dem Beweiſe, weil er Praeſumtionem für ſich hat. Praeſumtio nun wird in Praeſumtionem *hominis* und in Praeſumtionem *Juris* eingetheilt. Praeſumtio Juris iſt wieder vel *ſimplex*, vel Praeſumtio *Juris et de Jure*. Was Praeſumtionem Juris belanget, ſo iſt es diejenige, welche in ipſo Jure oder Legibus beſtimmt iſt, oder wenn die Geſetze ſelbſt etwas präſumiren, ſo nennt man es Praeſumtionem Juris. Die Leges präſumiren ſelbſt, daß die Praedia libera a Servitutibus ſeyen, wenn nämlich Streit darüber iſt, ob eine Servitut auf einem Gute hafte oder nicht. Da iſt alſo in Caſu dubio zu präſumiren, daß keine Servitut darauf hafte, und zwar ipſo Jure, denn das präſumiren ſelbſt die Jura. Wenn nun aber die Jura etwas nicht ſelbſt präſumiren, ſondern es präſumiren es nur die Menſchen, und zwar der Richter, ſo heißt es *Praeſumtio hominis*. Denn es kömmt nicht darauf an, was Titius und Mevius für Präſumtionen haben, ſondern was der Richter für eine hat. Z. B. Wenn ein Kaufmann durch ſein Handelsbuch probiren will, ſo erweckt er für ſich eine Präſumtion, wenn das Handelsbuch accurat geführt iſt. Denn da iſt wahrſcheinlich, daß dasjenige, was er eingeſchrieben, auch wahr ſey und daß er es creditirt habe. Da iſt menſchlicher Weiſe vom Richter zu präſumiren, wie dieſes Debitum bezahlt ſey, wenn es lange ſtehen geblieben, und der Debitor accurat in ſeinen Sachen

gewesen, und selbst viel baares Geld liegen oder ausgelehnt gehabt hat, und zwar um so viel mehr, wenn der Creditor sehr attentus ad rem gewesen ist. Weil jedoch in diesem Falle die Jura nicht selbst verordnen, daß man solutionem debiti präsumiren soll, so heißt es nur Praesumtio Hominis. Der Effectus Praesumtionis Juris ist die Befreyung vom Beweise, bis das Gegentheil gezeigt werden kann. Hingegen Praesumtio hominis hat nicht gleiche Wirkung, befreyt also nicht ganz ab onere probandi, sondern kann einem nur helfen ad probandum, und operirt probationem semiplenam oder Juramentum suppletorium vel purgatorium. Solchemnach kann sie einem nur neben andern Adminiculis dienen, wo anders ein Unterschied inter Praesumtionem Juris et Hominis seyn soll. Es ist nämlich der Schluß des Richters entweder in bonam oder malam partem gerichtet. In jenem erkennet er auf das Suppletorium, in diesem auf das Purgatorium, quoad Proc. civilem, in Criminalibus aber die Tortur oder Territionem. Endlich aber kömmt noch vor Praesumtio *Juris et de Jure*, welches diejenige Praesumtio Juris heißt, bey welcher die Jura zugleich verordnet haben, daß die Sache für wahr gehalten werden soll, und aller Gegenbeweis ausgeschlossen bleibt. Das ist also vielmehr eine Decisio, als Praesumtio. Dergleichen Praesumtio Juris et de Jure ist diejenige, worauf sich Res judicata gründet. Es ist oben schon gezeigt worden, daß wenn die Urthel die Kraft Rechtens beschritten, so wird sie den Akten und Rechten gemäß erachtet oder präsumirt. Das präsumiren selbst die Jura, und zwar dergestalt, daß sie den Beweiß des Gegentheils nicht erlauben. Denn hätte einer das Gegentheil beweisen können, so wäre er durch die Sentenz gravirt gewesen, und hätte ob gravamen sententia illatum appelliren sollen. Da er aber das nicht gethan, so haben die Jura die Sache decidirt und ihm allen Beweiß in contrarium abgeschnitten, es wäre denn, daß evidentissime das Gegentheil gezeigt werden könnte, z. B. wenn man ex Instrumentis noviter repertis zeigen könnte, daß die Sentenz ex Instrumentis falsis erfolgt ist, so kann auch Res judicata impugnirt werden. Ingleichem wenn eine Frau für einen Fremden bürget und nach zwey Jahren es wiederholet, so kömmt ihr ob istam Praesumtionem keine Exceptio mehr zu statten. Sollte sie sagen: Ich habe daran nicht mehr gedacht, so sagen die Leges, du hättest daran denken sollen, bist selbst schuldig. Endlich ist noch der Collisionis Probationum oder der verschiedenen Beweisarten, wenn solche zugleich statt haben könnten, zu gedenken, wovon Böhmer eine Disputation geschrieben hat. So ist, wenn sie bey der Probatione per Testes vorkömmt, zu sehen, welche von den Zeugenaussagen wahrscheinlicher seyen oder welche eine rechtliche Vermuthung für sich haben. Z. B. einige sagen, der Fundus sey frey, die andern, es hafte Servitus darauf, da werden jene vorgezogen, oder man hat ad

ipsam

ipsam Causam zu sehen, an sit favorabilis. Hat einer favorem in Jure für sich, z. B. Ecclesiae, dotis, matrimonii, da muß der Richter pro Actore incliniren. In dubio pro Reo pronunciandum. Conf. Horns Disput. de Probatione per Testes caute instituenda. Fl. Rivinus de variis abusibus Examinis Testium, Progr. Böhmer de Collisione Praesumtionum. Canz de probabilitate juridica handelt den Beweiß überhaupt und die Vermuthungen insbesondere sowohl gründlich, als praktisch ab.

Viertes Buch.

Tit. XII.

De Jure Jurando.

§. 1.

Es wird in Gerichten auch der Eid öfters als Beweismittel gebraucht. Es fragt sich also, was Jusjurandum seu Juramentum seye? Antw. Iuramentum est Contestatio sub invocatione Numinis ceu Testis veritatis et Vindicis mendacii facta. Wenn man etwas betheuert und dabey Gott als Zeugen der Wahrheit und Rächer der Unwahrheit anruft, so heißt es ein Eid. Contestatio aber heissen solche Worte, wodurch wir dem andern unsere Aufrichtigkeit zu erkennen geben. Invocatio Numinis Divini wird dabey erfordert, sive explicita, sive implicita, z. B. wenn man schwört bey meiner Seele, und zwar, wenn sie das Jurament supponirt, daß dasjenige, unter dessen Anrufung man es ablegt, im Stande sey, den Schwörenden, falls er falsch schwören sollte, zu bestrafen. Den Begrif muß der Jurans haben, und wenn er also bey Gott schwört, muß er glauben, daß Gott ihn strafen könne und werde, wenn er ein Perjurium begehen sollte. Deßwegen muß auch das Juramentum nach den Principiis Religionis Jurantis eingerichtet werden. Man hat daher einen besondern Judeneid, der nach den Gründen der jüdischen Religion eingerichtet ist. Wenn z. B. der Jude schwört, so setzt er den Hut auf und legt die Hand auf die hebräische Bibel, und insbesondere auf diejenigen Kapitel, wo die grösten Flüche enthalten sind. Und so hat man auch bey andern, die von andrer Religion sind, sich ebenfalls nach ihren Principiis Religionis zu richten. Die Mannsleute schwören mit aufgehobenen

vordern Fingern der rechten Hand. Die zwey aufgereckten Finger sollen die Seele und den Leib bedeuten, die drey niedergelegten aber die heilige Dreyfaltigkeit. Die Weibsbilder aber und Clerici bey den Katholiken legen die nämlichen Finger auf die Brust. Nun wird allemal vorausgesetzt, daß der Eid von dem mit Bedacht abgelegt worden, der ihn abgeschworen hat. Daher sind Solennitates eingeführt, um den Jurantem attent zu machen. Diesemnach wird ihm alles vorgestellt, z. B. Vindicta Divina, deren er sich bey einem Perjurio exponirt. Woher eben kömmt, daß in Judiciis manchmal, besonders bey Reinigungseiden, die Cruciatus Inferni, mithin die Hölle und der Teufel abgemalt sind, wie er die Leute in der Hölle peiniget. Die Wände werden an theils Orten schwarz behangen, es wird ein Crucifix, auch ein Todtenkopf aufgestellt, und was dergleichen Solennitäten mehr sind, wovon Ludovici eine Disput. geschrieben, welche alle dahin deuten, daß der Schwörende wohl bedenken solle, was er thut. Deßwegen sagt man, Juramentum sey Religiosa Asseveratio. Invocatio Dei in Testem ist nicht genug, denn die geschiehet auch wohl beym Gebete, sondern: zum Rächer der Unwahrheit *muß* hinzukommen. Die Römer hielten einen Stein in der Hand, und schwuren mit diesen Worten: Ita me Jupiter projiciat, prout ego hunc Lapidem, si perjurium faciam, welches Rosinus in Antiquitatibus Romanis mit mehrerm gezeiget. Der Locus bey Matth. 5, v. 34 hindert die Ablegung eines Eids nicht. Christus redet von den aussergerichtlichen im gemeinen Leben geschwornen, unnöthigen Eiden, welches aus den Worten abzunehmen steht: Eure Rede sey: ja, ja, nein, nein.

§. 2.

Das Juramentum wird in *Promissorium* und *Assertorium* eingetheilt. Promissorium heißt dasjenige, wodurch Promissiones bestättiget werden, Assertorium aber, wodurch Assertiones confirmirt werden. Denn allemal wird der Eid zu dem Ende gebraucht, daß man den Andern von seiner Aufrichtigkeit versichern will, sowohl aber von seiner Aufrichtigkeit bey Versprechen, daß es einem ein Ernst sey, zu halten, was man verspricht, als auch bey Behauptungen, wenn man asserirt, daß etwas sey oder nicht sey. Es ist demnach der Huldigungseid ein Juramentum Promissorium, denn es verspricht einer dabey Unterwürfigkeit. So ist auch die Lehenspflicht oder das Juramentum Fidelitatis in Feudalibus ein Juramentum Promissorium, denn es verspricht der Vasall, seinem Lehensherrn treu, hold und gewärtig zu seyn, und daß er daran nicht zweifeln möge, wird eben der Eid prästirt. So ist auch der Vormundschaftseid ein Juramentum Promissorium, denn aus obigem ist

be-

bekannt, daß der Vormundschaftseid zu dem Ende abgelegt werde, damit man versichert seyn könne, es werde der Vormund halten, was er verspricht, rem nempe Pupilli salvam fore, oder daß er alles thun werde, was das Beste des Pupillen erfordert. Hingegen ein Juramentum Assertorium und dessen Beyspiel ist das Juramentum Litis Decisorium. Z. B. wenn man eine Prätension an den Andern macht und er negirt die Prätension, man giebt sie ihm also auf einen Eid, daß er schwörtn soll, er sey nichts schuldig, sondern habe etwa den Verstorbenen schon bezahlt, da asserirt er ja etwas, z. B. daß er nicht schuldig sey, was doch von ihm verlangt wird, und diese Assertion bekräftigt er mit einem Eide.

§. 3.

Zur letztern Art gehört auch das Juramentum Expensarum. Es heißt solches dasjenige, wodurch man die Größe der ausgelegten Proceßkosten bestimmt. Wenn aber die Akten accurat geführt sind, bedarf es dieses Juramenti Expensarum nicht leicht. Denn da kann man ex Actis leicht ersehen, was derjenige, dem die Unkosten zu ersetzen zuerkannt worden, auszulegen hat, und man kann es auch gar leicht moderiren, wenn er in expensis istis determinandis den Modum sollte überschritten haben. Sollten aber die Acta sehr unordentlich seyn, daß der Richter selbst nicht wissen könnte, was der Victor für Impensas gehabt hat, so admittirt er ihn zum Eide, und da ist dann das Juramentum eine Species Juramenti Assertorii. Denn es bekräftiget der Victor dadurch sein Assertum, daß sich seine Proceßkosten so hoch belaufen, als er sie specificirt hat.

§. 4.

Juramentum Litis Decisorium heißt dasjenige, das Litis decidendae gratia prästirt wird, oder dadurch den Streit beyzulegen. Denn manchmal will man es zum Proceß nicht kommen lassen, sondern sich vorher lieber vergleichen, weil es heißt: es ist besser ein magerer Vergleich, als ein fetter Proceß. Nun kann man sich auch mittelst des Eids vergleichen. Wenn ich mich mit einem also vergleiche, daß wenn er schwören würde, ich keine weitere Ansprüche machen wolle, das ist so viel als ein Vergleich. Das geht selbst in Judicio an, wenn es bereits zum Proceß gekommen ist. Deßwegen wird dieser Eid eingetheilt, nachdem er entweder in Judicio oder extra Judicium prästirt wird. Das Juramentum, so extra Judicium, aber auch Litis decidendae causa prästirt wird, heißt Juramentum *Extrajudiciale*, auch Voluntarium, das andere aber Judiciale.

§. 5.

Es ist also das Juramentum Voluntarium seu Extrajudiciale dasjenige, so ein Theil der Parthien dem andern zuschiebt, doch dergestalt, daß ein jeder dabey seinen freyen Willen behält. Es behält nämlich der Deferens dabey seinen freyen Willen. Er kann den Eid zuschieben, er kann es auch unterlassen, und es lieber zum Proceß kommen lassen. Hingegen aber kann auch der Reus den Eid annehmen, und kann es auch bleiben lassen, das rührt alles daher, weil dieser Vergleichsweise zugeschoben und geleistet wird. Transactio aber ist eine Conventio, Conventio setzt willkührliche Einwilligung zum Grunde. Daher muß auch die Delatio, ingleichem Acceptatio hujus Juramenti libera seyn. Ja eben deswegen, wenn dieses Juramentum sollte deferirt und darauf referirt worden seyn, daß es nämlich der Reus dem Actori wieder zugeschoben hätte, so dependirt es doch noch von dem freyen Willen des Deferentis, ob er das relatum Juramentum abschwören will. Denn erst alsdann, wenn er es acceptirt oder abschwören will, ist es eine Conventio, zum Vergleichen kann er aber nicht gezwungen werden. Man sieht auch leicht, daß die Conventio nicht eher für gültig gehalten werden kann, als bis der Deferens selbst in Acceptationem relati Juramenti seinen Willen giebt. Daraus folgt auch, daß die hier entstehende Klage und Einrede nicht sowohl aus dem Eide, als aus dem vorangegangenen Vergleiche entspringt, und daß wenn der auf solche verglichene Weise zugeschobene Eid einmal angenommen worden ist, es nicht mehr wiederrufen werden kann. Der Acceptant kann aber von dem Deferenten den Eid der Gefährde nicht fordern. Wenn demnach einer von freyen Stücken schwört, ohne daß ihm der Eid deferirt worden, so gilt es nicht, weil der Vergleich eine beyderseitige Einwilligung erfordert, sonst könnte auch jeder böse Schuldner zum Gläubiger sagen: Ich bin euch nichts schuldig, so wahr mir Gott helfe!

§. 6.

Juramentum Judiciale heißt dasjenige, das eine der streitenden Parthien der andern im Gerichte durch den Richter zuschiebt, zur Entscheidung des Rechtsstreits. Es geschieht manchmal, daß es einem am Beweise fehlt, der einem obliegt, und kein andres Mittel übrig ist, Beweiß zu führen, als Delatio Juramenti. Weil nun auch selbst der Richter die Sache nicht abthun kann, als wenn Beweiß geführt worden, so muß er selbst Delationem Juramenti approbiren, wenn sie aus der Absicht geschehen ist, um dadurch Beweiß zu führen, woran es einem sonst gebricht. Es kann eine Sache vorkommen,

wobey keine Zeugen producirt werden können, weil damals, als sie sich zugetragen, keine zugegen gewesen, worüber auch kein Instrument errichtet, folglich auch nicht producirt werden kann. In dem Falle nun ist nöthig, daß man ein andres Mittel habe, welches denn die Delatio Juramenti ist, da man also per Juramentum eben so beweisen kann, wie per Testes et Instrumenta, nachdem nämlich die Sache qualificirt ist, wie sich denn bald zeigen wird, daß gewisse Sachen erfordert werden, wo per Modum Probationis diese Delatio Juramenti statt finden soll. Solchemnach geschieht beym Juramento Judiciali erstlich Delatio, und diese Delatio geschieht 2) durch richterliche Hülfe, d. i. durch ein Beyurthel. Denn ehe dieses geschiehet, entsteht das Zu- oder Zurückschieben des Eids nicht. Darauf denn nun 3) die Erklärung des Rei oder auch Actoris folgt, nachdem nämlich dem Actori super Actione oder dem Reo super Exceptione der Beweiß obliegt. Denn allemal wird dieser Eid von demjenigen deferirt, dem der Beweiß obliegt. Deßwegen liegt er auch gewöhnlich dem Actori ob, weil der Actor gemeiniglich den Beweiß führen muß. Es kann aber auch dem Reo der Beweiß obliegen, wenn er nämlich seine Exception beweisen soll. Wenn nun aber einer dem andern das Juramentum auf solche Weise deferirt hat, so steht es nachdem bey ihm, bey dem nämlich, dem es deferirt worden, ob er es abschwören oder referiren, oder ob er sein Gewissen durch Beweis vertreten will. Diese Vertretung des Gewissens mit Beweis ist erst durch den Gerichtsbrauch eingeführt worden. Diese drey Stücke hängen also von der Willkühr dessen ab, dem ein Juramentum deferirt worden ist. Denn gleichwie es dem Deferenti frey gestanden hat, das Juramentum zu deferiren und dasselbe statt des Beweises zu erwählen, so muß es im Gegentheile auch dem, welchem das Juramentum ist deferirt worden, frey stehen zu referiren, d. i. zu verlangen, daß es der Deferens selbst schwöre. Nach der Annahme kann Deferens Juramentum delatum regulariter nicht revociren, weil der andere ein Jus quaesitum hat, er müßte denn beweisen können, daß der andere falsch schwören würde, z. B. wenn der Beklagte gegen andere sich also verlauten läßt: Er wolle schon schwören, und wäre froh, daß es so weit gekommen, er getraue sich diese Sünde bey Gott schon wieder zu verbeten. Es wird aber diese Art des Beweises vom Richter blos in subsidium angenommen, wenn keine Probatio ordinaria vorhanden ist, denn sonst, gleichwie es überhaupt in Rechten heißt, daß die Remedia extraordinaria nicht statt finden, so lange als ordinaria vorhanden sind, so kann auch Probatio extraordinaria per Juramentum nicht statt finden, als wo die ordinaria nicht Platz greift, und also, wenn derjenige, dem das Juramentum deferirt worden ist, es nicht referiren, noch auf einen Eid ankommen lassen,

und

und es wagen will, daß es auch der Deferens abschwört, so geht es zwar an, allein er muß alsdann sein Gewissen mit Beweiß vertreten, d. i. directe das Contrarium dessen beweisen, worüber er hat schwören sollen. Da sieht man aber gleich, weil dieser Beweiß zur Vertretung des Gewissens eingeführt ist, um sich dadurch a Praestatione Juramenti liberiren zu können, daß es nicht angeht, daß derjenige, dem das Juramentum deferirt worden, der es aber nicht referiren, sondern statt dessen Beweis führen will, nunmehr auch in dem Falle, da er Beweis führen soll, statt des Beweises zur Eidesdelation greifen könne, sondern er muß eines von diesen drey Stücken erwählen, entweder den ihm zugeschobenen Eid abschwören oder referiren oder Beweis führen, aber auf andere Art, als per Juramentum, nämlich per Testes oder etwa neuaufgefundene Urkunden. Wer das Juramentum weder acceptirt, noch referirt, noch Probationem contrariam übernimmt, wird pro Confesso gehalten oder wie die Doktores sagen: Condemnatur in poenam jurare nolentium. Der Kläger verklagt den Gegenpart auf Bezahlung der ihm gelehnten 100 Rthlr. Beklagter will solche nicht bezahlen, Kläger deferirt ihm den Eid, Beklagter will nicht schwören, noch den Eid referiren, hat auch keinen Beweiß, daß er sich davon losmachen könnte, so muß er bezahlen. Hat er den Beweiß pro exoneranda sua conscientia übernommen, solchen aber nicht vollführen können, so heißt es: ad renunciata non amplius datur Regressus, weil er die freye Wahl gehabt hat, eines von diesen drey Stücken zu erwählen, mithin muß er sich lediglich die Abschwörung des deferirten Juramenti gefallen lassen. Eben deßwegen muß man sich vorher bedenken, wenn einem ein Juramentum deferirt wird, daß man thut, was am rathsamsten ist. Denn wenn man auch meynt, man wolle sein Gewissen mit Beweis vertreten, und man kann nicht mit auskommen, so wird man dadurch der Zurückschiebung des Juramenti verlustig, die sonst darinn vortheilhaft ist, daß nämlich, wenn man einem Theile ein Juramentum deferirt hat, man im Stande ist, es dem Gegentheile wieder zu referiren. Das aber ist nicht wahr, was Struv anführt, als wenn der Reus dadurch, daß er sich zum Gegenbeweise erbothen hat, ad Delationem Juramenti weiter nicht sollte schreiten können. Denn es würde solches nur alsdann folgen, wenn er dadurch, daß er sich zum Gegenbeweise offerirt, der Eidesdelation renuncirt haben würde. Expresse aber hat er es nicht gethan, auch nicht tacite. Denn eine tacita Renunciatio supponirt ein Factum, woraus sie mit Gewißheit geschlossen werden kann. Dergleichen Factum aber ist hier nicht vorhanden, vorzüglich ist dergleichen Factum nicht die Reprobatio, ja nicht einmal dahin zu referiren, wenn per sententiam einem der Gegenbeweiß auferlegt worden ist, daß man nämlich daraus schließen könnte,

te, als hätte der Richter einem die Eidesdelation abgesprochen, mithin, gleichwie in dem Falle, wenn der Richter einem den Gegenbeweiß abgesprochen hat, doch noch die Eidesdelation statt findet, oder er seinen Gegenbeweiß per Delationem Juramenti noch führen kann, wie man auch einen Casum gehabt hat bey der Facultät zu Marburg, da demungeachtet, in der Sentenz einem der Gegenbeweiß noch reservirt, und er jedoch ad Delationem Juramenti admittirt worden, so muß es um so viel mehr in dem Falle statt finden, da sich der Beklagte zum Gegenbeweise freywillig anerbothen hat, und kann man daraus nicht schließen, daß er dadurch sich der Eidesdelation begeben habe, ja er kann selbst unter dem Gegenbeweise Juramenti Delationem verstanden haben, da dieselbe eine Art des Beweises, und nichts ungewöhnliches ist, daß man auch den Gegenbeweiß per Juramenti Delationem führt, wenn man ihn auch blos führt, peremtoriam Exceptionem probando. Z. B. Es belangt mich einer auf eine Summe von 1000 Rthlrn., ich opponire ihm Exceptionem peremtoriam Solutionis, ich offerire mich zum Gegenbeweise, so kann ich ja den Gegenbeweiß auch per Delationem Juramenti führen. Warum soll ich also angesehen werden, daß ich mich der Eidesdelation begeben? Solchemnach sind andere Doctores in ihrer Meynung mehr gegründet, wenn sie das Gegentheil statuiren. Es gilt aber auch Delatio Juramenti super Replica. Ich verklage einen wegen 100 Rthlr., er opponirt Exceptionem Solutionis, und zeiget eine Quittung darüber. Ich sage: das sind andere 100 Rthlr., welche ich anjetzo von euch begehre, daher schieb ich es euch ins Gewissen, ob ihr mir nicht noch 100 Rthlr. schuldig seyd, das ist Delatio Juramenti super Replica.

§. 7.

Welches sind nun die Fälle, da das Juramentum delatum unumgänglich abgeschworen werden muß und keine Relatio statt findet? Antw. Relatio Juramenti überhaupt setzt voraus, daß beyde Theile gleiche Wissenschaft von der Sache haben, es müssen beyde Theile dasjenige wissen, worüber das Juramentum deferirt wird, sonst kann ich von einem andern nicht fordern, wenn die Sache blos mir bewußt ist, daß er schwören soll. Denn über das kann er nicht schwören, was er nicht weiß, noch wissen kann, z. B. über Facta aliena. Das ist demnach der erste Fall, da es nicht angeht, wenn nämlich, wie der Auctor sagt, der Deferens von nichts weiß, worüber er dem Adversario das Juramentum deferirt, daß also Relatio Juramenti blos statt hat super factis communibus d. i. quorum uterque notitiam habet, z. B. über einen von beyden Theilen errichteten Contrakt, z. B. ich habe einem ein Haus

verkauft. Facta propria sind, von welchen nur Einer Wissenschaft hat, dem der Eid deferirt wird, z. B. ob er mich nicht einen Schelm ꝛc. in einer gewissen Kompagnie geheissen hätte. Oder wenn einer eine Handlung in der Absicht, sich der Erbschaft anzunehmen, verrichtet hat, da kann ihm das Juramentum von den Creditoribus darüber deferirt werden, weil es zweifelhaft ist, warum er es gethan hat. Nächstdem ist auch hieher der Fall zu referiren, der oben schon vorgekommen, da einer pro exoneranda conscientia den Beweiß übernommen, und sodann doch mit dem Beweise nicht hat zu Stande kommen können, sondern im Beweise stecken bleibt. Hingegen kann das Juramentum gänzlich verweigert werden, wenn der Deferent den Eid der Gefährde nicht leisten will. Wenn mir nämlich einer ein Juramentum deferirt, so kann ich es ihm nicht nur referiren, wenn ich will, sondern ich kann ihn zuerst anhalten ad praestandum Juramentum Calumniae, und sodann ihm erst das Jurament referiren. Denn er kann in ipsa Delatione Juramenti maximam Calumniam begehen, das Juramentum Calumniae aber, wie schon erklärt worden, ist dasjenige, wodurch man erhärtet, daß man glaube, eine gerechte Sache, und nicht wissentlich eine ungerechte Sache in Judicium deducirt zu haben. Nun kann ja einer dem andern ein Juramentum deferiren, obgleich keine beschwerenden Anzeigen vorhanden sind, also könnte freylich einer den andern blos vexiren, und dadurch, daß er ihm ein Juramentum deferirt, dazu zu persuadiren suchen, daß er sich etwa in einen ihm vortheilhaften Vergleich mit ihm einlasse. Um demnach zu verhüten, daß man nicht eine Calumniam in Delatione Juramenti begehe, ist das Juramentum Calumniae eingeführt, und darf man auf die Eidesdelation nicht eher achten, bis der andere das Juramentum Calumniae abgeschworen hat. Darauf, wenn er das Juramentum Calumniae abgeschworen hat, kann ihm das Juramentum referirt werden, und er legt dann das Juramentum super lite principali ab. Lauterbachs Dissert. de Relatione Juramenti. Joh. Strauchs Dissert. de Juramento Calumniae. Joh. Gravii Dissert. de Jure Jurando propter Calumniam dando. Stryck de Remissione Juramenti Calumniae.

§. 8.

Das Juramentum Judiciale ist eben so wie das Juramentum voluntarium und als eine Species Transactionis anzusehen. Nun aber ist aus obigem bekannt, daß man nicht anders transigiren könne, als über Res privati Arbitrii, die ab Arbitrio Transigentium dependiren. Daher folgt nicht nur erstlich, daß man diese Eidesdelation nirgends gebrauchen könne, als in Sachen, worüber man transigiren kann, sondern daß sie zweytens auch insbesondere nur da statt habe, wo die Sache von beyder streitenden Theile Willkühr

kühr abhängt. So sind nun die Causae civiles beschaffen, weil es dabey blos auf ein Interesse Pecuniarium ankömmt. Allein es kann auch selbst in Causis Criminalibus auf ein solches Interesse Pecuniarium ankommen, in so weit nämlich de Laesione reparanda gehandelt wird. Daher kann auch in solchem Falle die Eidesdelation gebraucht werden. Ein anderes aber ist es, wenn es auf die Strafe ankömmt, denn über diese gilt kein Vergleich, indem man dem Publico durch keinen Vergleich präjudiciren, sondern blos sein eigenes Jus, nicht aber Jus tertii, also auch nicht das Jus Reipublicae in puniendis criminibus remittiren kann. Daher findet in so weit keine Eidesdelation bey Causis Criminalibus statt, in so weit dabey de infligendis poenis gehandelt wird. Eben daher sagt Struv, daß in Actione Injuriarum die Eidesdelation statt finde, aber wann? Antw. Wenn man ad Aestimationem agirt oder Actionem aestimatoriam anstellt, so findet die Eidesdelation statt, nicht aber, in soferne von Leibesstrafen die Rede ist. Eben so sind auch hier besonders ausgenommen die Causae Matrimoniales, denn der Schluß ist dieser: Alle Causae, die nicht ab Arbitrio partium litigantium dependiren, sind von der Eidesdelation ausgenommen. Nun sind die Causae Matrimoniales so beschaffen, in soferne die Rede von Auflösung der Ehe ist, also sind auch diese Causae Matrimoniales in soferne von der Eidesdelation excipirt. Solchemnach geht die Eidesdelation so wenig, als Transactio contra Matrimonium an, pro Matrimonio ist es ganz etwas anders. Gesetzt daß es in Ehebruchsfällen auf Probationem Adulterii ankomme, und der Mann schwören wollte, daß seine Frau ein Adulterium begangen habe, wenn er es etwa nicht durch Zeugen beweisen kann, so findet hier keine Delatio Juramenti statt, wenn auch gleich die Frau darein consentiren oder pars una alteri ein Juramentum darüber deferiren wollte, um des Mannes los zu werden. Der Richter könnte es doch nicht zugeben, weil es contra Matrimonium geht, und sie auf solche Weise einig werden könnten, bona gratia von einander zu scheiden, blos unterm Vorwande eines Ehebruchs, da doch das Matrimonium, ausser in Causis gravissimis Adulterii et malitiosae desertionis, indissolubile ist. Bey Sponsalibus aber wird es so genau nicht genommen, ob man gleich auch da so leicht zur Eidesdelation nicht schreitet. Es ist diversa ratio Sponsaliorum et Matrimonii. Wenn es daher nicht anders seyn kann, und Causa Sponsaliorum etiam de Praesenti sich nicht anders, als mediante Juramento abthun läßt, so kann das Juramentum auch statt finden, obgleich solches die Aufhebung des Verlöbnisses nach sich ziehen würde. Ein Mädchen verklagt den Kerl, er habe sich mit ihr verlobet, daher soll er sie heyrathen. Er widerspricht solches, doch spricht er: kann sie schwören, daß ich

mich gewiß mit ihr versprochen habe, so will ich sie heyrathen, so heißt es Juramentum deferre pro Matrimonio, das angeht. Wenn er es aber läugnet, er habe sich mit ihr nicht verlobet, die Zeugen sind todt, keine briefliche Urkunden hat das Mädchen auch nicht aufzuweisen, kann sie ihm da das Juramentum deferiren? Einige Doctores sagen ja, andere nein. Allein die erste Meynung prävalirt. Denn wie könnte man sonst aus der Sache kommen, wenn das Mädchen keinen andern Beweiß vorzeigen kann, als durch Zuschiebung des Eides. Wenn er ihr wirklich die Ehe versprochen und noch eine micam Conscientiae hat, so wird er gewiß nicht falsch schwören. Strycks Dissert. de Delatione Juramenti in Matrimonialibus. Schließlich ist noch zu merken, daß wenn der Kläger merkt, die abgehörten Zeugen haben nicht zu Gunsten seiner ausgesagt, solcher gegen die Eröfnung des Zeugenrotels protestiren und zur Eidesdelation seine Zuflucht nehmen kann. Es wird auch dieser Eid vor Gericht geleistet, ausser von Personen von Stande nicht. Siehe Schöpfers D. de Beneficio egregiarum Personarum.

§. 9.

Juramentum necessarium heißt dasjenige, das der Richter von Amtswegen bey abgängigem vollständigen Beweise auferlegt. Es kann der Richter die Sache nicht eher abthun, als bis völlig bewiesen worden ist. Das geht aber nicht immer an, sondern manchmal wird nur minus plene bewiesen. Was das ist, haben wir oben schon gehört, z. B. durch einen einzigen tadelfreyen Zeugen. Allein um deßwillen kann doch der Reus nicht condemnirt, hingegen aber kann er auch nicht absolvirt werden, mithin bleibt nichts übrig, als daß dieser halbe Beweis ergänzt werde, woher das Juramentum Suppletorium entstanden ist. Eben so kann seyn, daß der Actor nicht einmal halb beweisen können, er hat nicht einmal einen Testem omni Exceptione majorem, sondern etwa nur einen Zeugen, der nicht omni Exceptione major ist, z. B. einen Minderjährigen anführen können, in dem Falle fragt sichs, was dann Rechtens sey? Antw. Es kann der Reus doch nicht absolvirt werden, denn er hat doch einen Verdacht gegen sich wegen der Aussage dieses obwohl nur einzigen Zeugen. Dieser Verdacht muß erst purgirt werden, daher ist das Juramentum Purgatorium entstanden. Es sind demnach zwey Arten des Juramenti necessarii. Die erste ist das Juramentum Suppletorium, die andere das Purgatorium, und heissen solche Juramenta necessaria, weil derjenige, dem sie der Richter deferirt, solche abschwören muß, dergestalt, daß keine Zurückschiebung statt findet, indem sonst die Sache keinen Ausgang nehmen könnte. Die Relatio findet auch hier um deßwillen nicht statt, weil es nicht gleich-

viel

viel gilt, ob das Juramentum Purgatorium oder Suppletorium abgeschworen wird, sondern eines von beyden erkannt werden muß, wenn die Requisita statt finden. Wo das Juramentum Suppletorium statt hat, da findet das Iuramentum Purgatorium nicht auch statt, und wo das Juramentum Purgatorium statt hat, da hat das Suppletorium nicht auch statt. Zudem deferirt Judex, nicht pars, diesen Eid, folglich müßte er dem Richter, der doch von der Sache nichts weiß, zurückgeschoben werden. Auch in Ansehung des Richters sind diese Eide nothwendig, weil er solche auferlegen muß.

§. 10.

Es findet also das Juramentum Suppletorium alsdann statt, wenn der Actor semiplene vel plus quam semiplene erwiesen hat, z. B. wenn er nicht nur unum Testem omni Exceptione majorem oder classicum, sondern auch noch einen darüber, quamvis ille non sit omni Exceptione major, für sich hat, da hat er mehr als halb seine Absicht erwiesen, und daher kann er dasjenige, was noch abgeht, per Juramentum suppliren, woher eben dieses der Erfüllungseid oder lateinisch: Juramentum Suppletorium genannt wird. In dem Falle hat er auch die gröste Vermuthung für sich, wenn er halb, ja mehr als halb seine Intention hat erweisen können, daß sie fundirt sey, weshalb ihm auch das Juramentum zugetraut werden kann. Denn man kann keinem ein Juramentum deferiren, als dem es zugetraut werden kann, d. i. dem, der die Praesumtionem Justitiae Causae suae für sich hat. Wenn z. B. ein Handelsmann sein Handelsbuch producirt in Sachen, die das Commercium concerniren, z. B. wenn über eine Schuldforderung ein Proceß ist, um dadurch seine Schuldforderung zu beweisen, so probirt er semiplene. Um deßwillen aber kann der Reus, nämlich der Debitor, an den er vermöge seines Handelsbuchs Forderungen macht, noch nicht verurtheilt werden, weil der Posten richtig eingetragen worden, und sonst gegen das ganze Buch sich nichts excipiren läßt, sondern es beweißt solches nur die Absicht des Kaufmanns, als des Creditoris, semiplene. Soll also der Reus condemnirt werden können, so muß diese Probatio semiplena plena werden, das geschieht denn per Juramentum Suppletorium. Anders kann die Sache keinen Ausgang gewinnen. Denn man hat beym Handel nicht immer Zeugen, man errichtet auch nicht immer Instrumenta, zumal bey Alltagssachen.

§. 11.

Es findet dieses Juramentum nicht statt in Fällen, wo einer einen großen Gewinn zu gewarten oder einen großen Schaden zu befürchten hat,

sondern in dergleichen Fällen wird eher der Gegentheil ad purgatorium zugelassen, denn um eines großen Gewinnsts halber, oder um einen großen Schaden zu verhüten, kann einer leicht falsch schwören, zumal in Criminalibus, wo es auf Haut und Haare ankömmt. Wenn er da seine Unschuld etwa nur semiplene erwiesen, so kann er ad Suppletorium nicht admittirt werden, denn er hat den stärksten Verdacht des Meineyds gegen sich, da besonders hier Probationes luce meridiana clariores erfordert werden, dergleichen Juramentum Suppletorium nicht ist, bey welchem der Schwörende Zeuge in seiner eigenen Sache ohne des Gegners Zuschiebung und Einwilligung wird. Deßwegen ist es am besten, daß man das Purgatorium ergreift. Wenn nämlich in solchen wichtigen Causis, auch selbst in Causis civilibus arduis, oder bey Civilprocessen der Actor einen halben Beweiß geführt, so wird es angenommen, als wenn dadurch gegen den Beklagten ein bloßer Verdacht wäre erweckt worden. Er kann aber freylich, weil dieser Verdacht gegen ihn excitirt worden, nicht eher absolvirt werden, er habe sich denn zuvor purgirt. Diese Purgatio nun geschieht durch den Eid, weil es sicherer ist, daß man den *Reum* schwören läßt, als den Actorem, da jener mehr begünstiget wird, als dieser. Der Proceß betrift z. B. 12000 Rthlr., der Kläger hat nur halb bewiesen. Hat da das Juramentum Suppletorium statt? Antw. Nein, weil viele Leute, um eine dergleichen Summe zu erlangen, sich immer zum Teufel schwüren. Der Beklagte aber kann ad Juramentum purgatorium gelassen werden, in soferne er ein Mann von gleicher Rechtschaffenheit ist, als der Kläger. Conf. Ludovici Disp. de probabilitate. Gewöhnlicherweise muß dieses Jurament de Veritate prästirt werden, weil es eine Species Testimonii ist. Es werden doch aber in Praxi die Erben zugelassen, ut de credulitate in Supplementum jurent, wenn der Defunctus ad illud praestandum bereit gewesen ist. Welchenfalls es auch pro praestito gehalten werden kann, wenn der Richter nicht, wie er kann, den Erben den Eid auferlegen will. Conf. Strycks Disp. de morte loco Juris Jurandi.

§. 12.

Das Juramentum Purgatorium hat statt, wo Actor nicht semiplene erwiesen hat. Das ist der Casus ordinarius Wenn nämlich der Actor weniger quam semiplene erwiesen hat, da hat er einen bloßen Verdacht gegen den Reum hervorgebracht, hingegen für sich keine solche Präsumtion, um derenwillen er ad Suppletorium admittirt werden könnte. Und da auch das Suppletorium statt findet bey einer semiplena seu plus quam semiplena

Proba-

Probatione, so kann das Purgatorium nicht statt haben, als bey einer Probatione minus quam semiplena, z. B. wenn der Actor seine Schuldforderung durch einen Zeugen, der aber nicht omni Exceptione major ist, bewiesen hat, so hat er nicht semiplene, sondern minus quam semiplene bewiesen. Der Reus hat also dießfalls die gröste Präsumtion für sich, mithin ist es vernünftiger, daß man zum Eide ihn, als den Actorem zuläßt, denn Juramentum Purgatorium heißt überhaupt dasjenige, wodurch einer den Verdacht, der gegen ihm entstanden ist, so ablehnt, daß der Kläger nicht einmal halb gegen ihn den Beweis hat führen können.

§. 13.

Es wird zu diesem Eide eine glaubwürdige Person erfordert, denn die wird allemal erfordert, wenn man einem einen Eid zuschieben soll. Es müssen sowohl der Actor als Reus Personae fide dignae seyn, wenn jenem das Suppletorium oder diesem das Purgatorium zuerkannt werden soll. Eben daher, wenn der Actor semiplene bewiesen, und sonst also in dem Falle das Suppletorium statt findet, hingegen der Actor eine des Meineyds verdächtige Person ist, so hat es mehr Grund, daß man den Reum ad Purgatorium admittirt, als den Actorem ad Suppletorium, und so auch umgekehrt, wenn die Causa zum Purgatorio qualificirt ist. Hat hingegen der Reus den Verdacht des Meineyds gegen sich, so hat es mehr Grund, daß man den Actorem ad Suppletorium admittirt, als den Reum ad Purgatorium. Non facile, sagt aber Struv, in Criminalibus admittitur Juramentum purgatorium, denn in Criminalibus kömmt es auf Poenas Corporis afflictivas, z. B. Relegationem etc. an, denn das sind lauter Sachen, wegen deren man sich leicht entschließen kann, falsch zu schwören. Deßwegen muß man in Criminalibus mit dem Purgatorio sehr behutsam umgehen. Gänzlich kann man es aber nicht verwerfen, denn wo kein Verbrechen, wegen dessen eine Leibesstrafe statt hat, oder keine solche Praesumtiones vorhanden sind, daß die Tortur oder Territio statt hätte, da ist kein anderes Medium, die Causam Criminalem zu endigen, als das Purgatorium. Eben deswegen ergreift man bey gemeinen Leuten, auch oft bey ruchlosen Leuten, die Territion lieber, (wo die Tortur nicht statt findet, und wo nämlich keine Indicia proxima vorhanden sind,) als das Purgatorium. Denn ein solcher Kerl schwört manchmal eher, als daß er sich nur relegiren oder des Landes verweisen ließe. Durch die Territion aber kann man eher mit ihm zu Stande kommen, wo zumal man mit der Tortur nicht sogleich zufahren kann, denn diese ist gar etwas Hartes, und erfordert allemal indicia proxima, und zwar solche, deren ein jedes durch zwey Zeugen erwie-

sen

sen seyn muß. Es geht aber nicht immer an, daß man dergleichen Indicia gegen einen aufbringen kann.

§. 14.

Wenn der Richter einem den Eid auferlegt, so setzt er den gemeinen Rechten nach demselben einen besondern Termin an, wann er denselben ablegen soll. Denn es ist kein Termin in den Rechten bestimmt, und doch ist einer dazu nöthig, darum muß ihn der Richter nach seinem Ermessen setzen, und wenn er ihn also nicht setzt, so muß derjenige, der dem andern den Eid zuschiebt, darum anhalten, daß es geschieht, und dann erscheinen Beyde an dem bestimmten Tage. Ist nun dem Deferenti das Juramentum Calumniae deferirt worden, so darf der andere das delatum Juramentum nicht abschwören, bis der Deferent das Juramentum Calumniae abgeschworen hat. Will also der Deferent das Juramentum Calumniae nicht abschwören, so wird zur Strafe seiner Gefährde das Juramentum principale pro praestito gehalten. Sonst habe ich binnen solcher Zeit die Wahl, ob ich den Eid annehmen, referiren oder mein Gewissen mit Beweiß vertreten will. Da aber Juramenti Delatio species Probationis ist, so folgt, daß nach verstrichener Beweisfrist dieselbe weiter nicht statt hat.

§. 15.

Wenn nun wirklich geschworen worden ist, so wird sogleich für den Schwörenden gesprochen. Ist das Juramentum Voluntarium, so hat es Vim Transactionis, oder die Eidesleistung ist alsdann so viel, als der Vergleich. Daher kann auch sodann diese Eidesleistung nicht anders angefochten werden, als auf die Weise, wie es angeht, daß eine Transactio rescindirt wird. Da also Transactio rescindirt werden kann, wenn sie ex falsis Instrumentis erschlichen worden, oder auch aus neuerdings vorgefundenen Urkunden so viel erhellet, daß der Vergleich aus falschen Urkunden eingegangen worden ist, so muß es auch in soweit angehen, daß man ob Instrumenta noviter reperta, wenn daraus ein Perjurium erhellet, ebenfalls den Eid anfechten kann, obgleich sonst der Eid nicht anzufechten ist, wenn man auch schon Instrumenta noviter reperta vorbringen wollte. Anders verhält es sich

§. 16.

bey dem Juramento necessario, wenn z. B. der Richter dem Reo das Juramentum purgatorium zuerkannt hat. Denn das Juramentum necessarium, wenn es abgeschworen worden ist, ist einer rei judicatae zu

äqui-

äquipariren. Dieser Eid, der nicht als ein gerichtlicher Vergleich angesehen werden darf, kann wegen neu erhaltener Beweisthümer angefochten werden, z. B. wenn man erst hernach clara Instrumenta findet. Daher muß man die Restitution in integrum wie gegen ein rechtskräftiges Urthel suchen. Ob nun gleich hierbey der Zeugenbeweis nicht ausgeschlossen ist, wie es in l. 31. ff. de Jurej. scheint, ob verba: quibus num solus usurus sit, die aber bloß von Instrumentis, welche einer vorher schon gehabt, zu verstehen sind, so ist es doch sicherer, Instrumenta, als Testes zu admittiren, ob metum Subornationis. Stryck de Probatione contra praestitum Juramentum.

§. 17.

Juramentum in Litem heißt dasjenige, wodurch man eine streitige Sache schätzt. *Lis* bedeutet hier die streitige Sache selbst. Ich habe einem einen rothen Mantel gelehnt, und er hat ihn verkauft, klage also auf meinen Mantel, und schätze ihn auf 80 Rthlr. Wenn ich nun schwöre, daß ich ihn so hoch ästimiren kann, so muß mir ihn der andere so hoch bezahlen. Es hat dieser Eid nicht nur statt, wenn die uns zuständige Sache nicht nur genommen, verloren oder verderbt worden ist, sondern auch dann, wenn solche der andere vorsetzlicher Weise heraus zu geben oder wieder zu erstatten säumt. Eben daher kommt es, daß einige das Juramentum in litem Juramentum in litem aestimatorium nennen. Es wird aber res litigosa ästimirt, wenn ihr Werth bestimmt wird. Auf so vielerley Weise also das Pretium rerum litigiosarum determinirt wird, auf so vielerley Weise variirt auch das Juramentum in litem. Das Pretium ist *verum* vel *Pretium affectionis*. Daher ist auch das Juramentum *in litem vel Veritatis vel Affectionis*. Juramentum in litem *Veritatis* heißt dasjenige, wodurch man den wahren Werth der Sache, das ist, den die Sache wegen ihres Gebrauchs hat, determinirt, derselben Werth aber von besondern Umständen, z. B. von der Seltenheit herrührt. Hingegen heißt Juramentum in Litem *Affectionis*, wodurch nämlich das Pretium Affectionis einer Sache bestimmt wird. Sedes dieser Distinction wird gemeiniglich gesucht in l. 8. ff. de in lit. Jur. ubi verba: quanti res est, de Juramento Veritatis. Sequentia autem: quanti juratum est, de Juramento Affectionis accipiuntur. Es heißt aber *Pretium Affectionis*, welches eine Sache wegen des Vergnügens hat, so man aus ihr schöpft, dergleichen das ist, so man an einem Gemälde hat, welches ein Portrait von unsern Vorfahren ist. Das ästimirt ein anderer nicht, wir aber geben ihm ein Pretium bloß wegen des Wohlgefallens, so wir daran haben. Hieher gehört auch, wenn einer vom Fürsten eine goldene Kette bekommen, und solche bey einem

deponirt, dieser aber selbige verkauft hat. Ein anderer hat einen schönen türkischen Säbel bekommen, den sein Großvater aus dem Ungarischen Krieg mitgebracht hat. Affectio in ipsa re radicata ist, wenn etwas so rar ist, daß, wenn man gleich viel Geld dafür geben wollte, man es nicht wieder bekommen könnte. Es ist auch nicht alles Pretium Affectionis ex voluptate oriens zu verwerfen, denn es giebt auch ein vernünftiges Vergnügen, dessen man sich nicht braucht berauben zu lassen. Wenn man also um eine solche Sache gekommen ist, so kommt es darauf an, wie hoch man sie ästimirt. Gewöhnlich sieht man bey ihr aufs Pretium verum. Wenn eine Sache ein Pretium Affectionis hat, so ist es etwas ausserordentliches. Wenn man also auch um eine Sache gekommen ist, oder sie deteriorirt worden, so wird bey der Schätzung des Schadens auf das Pretium verum, oder, wie es auch heißt, vulgare, gesehen, so alle Leute einer Sache geben. Weil nun das Pretium gemeiniglich bekannt ist, so geschieht es selten, daß das Juramentum in litem Veritatis statt findet, denn man muß zum Eid nicht schreiten, als im Fall der Noth, das ist, wenn es nicht anders angeht, das Pretium verum zu determiniren. Ich habe z. Ex. einem meinen Mantel auf die Reise gelehnt, er hat ihn verlohren, da kann ich ad Juramentum veritatis gelassen werden, kann ihn aber höher nicht schätzen, als er würklich werth ist. Wenn hingegen der Mann, von dem ich ihn gekauft habe, mit seiner Aussage bekräftiget, daß er so viel werth sey, und daß ich ihm auch so viel dafür gezahlt habe, da ist das Juramentum Veritatis gar nicht nöthig. Allein beym Juramento in litem Affectionis ist es etwas anders, weil man nicht wissen kann, wie hoch der andere seine Sache ästimirt. Denn da ist etwas, so in animo des andern sich befindet. Unterdessen ist doch nöthig, daß man es weiß zu ästimiren, wenn man einem nämlich etwas wieder dafür geben soll, damit ihm der Verdruß ersetzt wird, der daher entsteht, daß er eine solche Sache missen muß, welche ein Pretium Affectionis hat. Es ist nun aber die Frage, wenn dann dieß Pretium Affectionis einem gebührt? Antw. Alsdann, wenn man um die Sache Dolo, vel lata Culpa des andern gekommen ist. Denn es wäre unbillig, wenn uns ein jeder durch sein grobes Versehen oder Betrug um eine Sache bringen könnte, woran wir ein Pretium Affectionis haben. Wenn ich ein erlaubtes Vergnügen an einer Sache habe, so muß der andere nicht befugt seyn, mich darum zu bringen, und, wenn ers thut, so muß ich berechtiget seyn, ihn anzuhalten, mir etwas zu geben, so mir ein solches Vergnügen macht, daß ich den Verdruß nicht achte, den ich darüber empfinde, weil ich eine Sache wissen muß, woran ich ein Pretium Affectionis habe. So wird es ja bey dem Schmerzengeld beobachtet. Gleichwie man einem einen Schmerzen

gut

gut thun kann und muß, so kann und muß man auch einem seine Affection ersetzen, wenn man sie missen muß. Es wird aber freylich der andere dadurch gestraft. Denn wenn er uns um so etwas bringt, woran wir ein Pretium Affectionis haben, so hat er in soweit keinen Vortheil davon, weil das Pretium Affectionis nur in Animo besteht, und man dadurch nicht reicher wird. Gleichwie denn auch er dadurch nicht reicher geworden, noch ihm deswegen andere mehr dafür gegeben, wenn er es verkauft hat, da sie das Pretium Affectionis nicht darauf haben. Propter levem culpam locum habet Juramentum veritatis. Und weil jenes Juramentum eine Art von Bestrafung enthält, so hat es gegen die Erben nicht statt. Zum wahren Werth hingegen werden sie angehalten. Nicht der Gegentheil, sondern der Richter legt diesen Eid auf, doch kann dessen ungeachtet der Kläger bitten, daß er dazu zugelassen werde, weil es ein gesetzlicher Eid ist.

§. 18.

Wenn es nun zur Bestimmung dieses Werths kömmt, so heißt es zwar, Actori in infinitum jurare licet. Es bedeutet aber nicht so viel, daß einer z. Ex. eine rare Sache auf eine Tonne Goldes schätzen könne, sondern so viel als indefinite h. e. ad duplum, triplum oder quadruplum könne die verlohrne rare Sache ästimiret werden. Und gleichwie der Judex diesen Eid zu deferiren unterlassen kann, so kann er auch mäßigen. Jenes muß so verstanden werden, wenn der Beklagte die Sache besitzt, aber aus Gefährde nicht hergeben will, so steht es bey des Richters Ermessen, ob er dem Kläger diesen Eid auferlegen, oder aber dem Beklagten die Sache mit Gewalt entziehen will. Hat hingegen der Beklagte dolo oder culpa lata zu besitzen aufgehört, so muß der Kläger zum Eid zugelassen werden. Man muß zwar dem andern seine Affection bezahlen, wenn man ihn darum bringt. Gleichwie aber das Vergnügen vernünftig seyn muß, also muß man es auch vernünftig ästimiren, und nicht höher, als es sich gebühret. Wenn einer seine Affection unvernünftig und allzuhoch ästimiret, so muß der Richter vernünftiger seyn, und sie so ästimiren, wie sie hätte sollen ästimiret werden. Deswegen determiniret er 1), wie hoch die Affection zu ästimiren sey, und darauf läßt er 2) den Eigenthümer der Sache schwören, damit man siehet, daß der Richter sie nicht zu hoch ästimiret habe. Denn wenn der Herr sich weniger daraus machte, so könnte alsdann ihm nicht mehr gegeben werden, sondern man dürfte ihm nur so viel geben, als er schwört, daß er die Sache ästimire. Z. B. wenn einer von seiner Amasia ein Affectionsbändchen bekommen, und solches ans Knopfloch gebunden, der andere aber es ihm aus Scheckerey abgerissen, da wird jenen wohl

der Richter zum Juramento in Litem Affectionis nicht zulassen. Wenn hingegen einer einen raren Thaler, z. Ex. von Churfürst Christian von Braunschweig, welcher im dreyßigjährigen Kriege geprägt worden, mit der Devise: Gottes Freund und Pfaffen Feind, gehabt hätte, und lehnte solchen einem zum Abdrücken, dieser aber verkaufte ihn für vieles Geld, daß er nicht mehr zu bekommen wäre, da hat Juramentum Affectionis statt, welcher Casus Thomasii Diss. widerlegt: de pretio Affectionis in res fungibiles non cadente.

§. 19.

Per Culpam ist hier lata Culpa zu verstehen, als die hier Dolo gleich zu achten ist. Sonst, wenn die Sache noch vorhanden ist, findet die Hülfe statt, denn wenn eine Sache noch vorhanden ist, z. B. das Gemälde, der andere aber will es mir nicht abfolgen lassen, so ist kein Juramentum in Litem nöthig, sondern weil das Gemälde mir zusteht, kann ich bitten, daß er Manu militari angehalten werde, es heraus zu geben. Manchmal ist auch einem nicht damit gedienet, daß er nur seine Affection durch ein Aequivalent wieder ersetzt bekommt, sondern er will lieber die Sache haben, worauf er das Pretium Affectionis geworfen hat. Sonst ist auch noch wohl zu merken, daß nicht wohl in dieser Materie von einigen ein Unterschied gemacht werde inter Restitutionem et Traditionem rerum, da sowohl möglich ist, daß einer eine Affection gegen eine Sache haben kann, die ihm ein anderer tradiren soll, und die er noch niemals gehabt hat, als gegen eine Sache, die schon sein ist, und die ihm der andere nur restituiren soll. Z. B. der Erbe veräusserte einige Erbschaftsstücke, worauf die Kinder, denen er sie tradiren soll, ein Pretium Affectionis hätten, da kömmt es auf Traditionem rerum an, demungeachtet aber findet ein Pretium Affectionis statt, und um deswillen auch das Juramentum in Litem Affectionis, denn wo das Pretium Affectionis statt hat, da findet auch das Juramentum in Litem Affectionis statt. Man kann aber freylich auf ein solches Erbschaftsstück ein Pretium Affectionis haben. Z. B. Mevius vermacht mir etwas, z. B. ein Bild, worauf eine Schlacht gemalt ist, bey welcher ich gewesen bin, und deswegen ich immer eine sonderbare Affection gegen das Gemälde gehabt habe. Der Erbe nun will es mir nicht geben, nachdem der Legans oder Testator verstorben, da kömmt es auf Traditionem rei an, deswegen aber findet doch Pretium Affectionis statt. Weswegen sollte also auch nicht das Juramentum in Litem Affectionis statt haben? Das ist selbst nach dem Jure Romano eine Subtilität, wenn man nämlich inter restituere et inter tradere distinguirt. Man sagt, alsdann werde etwas tradiret, wenn es erst unser werden soll, restituere aber heisse,

etwas

etwas dem andern geben, welches schon sein ist. Wie oft aber werden nicht diese Verba promiscue genommen? Es kömmt auf die Worte nicht an, sondern auf die Sache, daß man nämlich eine Affection gegen Res tradendas haben kann, und wenn man also um eine Sache Culpa vel Dolo alterius gekommen, man auch sein Pretium Affectionis fordern, und es also auch Juramentum in Litem affectionis determiniren könne.

§. 20.

Struv gedenket auch noch des Juramenti *Minorationis*, so aber selbst in Chursachsen abgeschafft ist. Es heißt Juramentum Minorationis dasjenige, welches von dem abgelegt wird, der einen um etwas gebracht hat vi ablativa, vel expulsiva, wenn dieser den Verlust seiner Sache ästimirt, und jener die Schätzung mindert. Gesetzt, Mevius nimmt mir mit Gewalt eine Sackuhr ab, und verkauft sie, er soll mir also den Werth erlegen. Ich ästimire die Uhr, er schwöret aber, daß sie nicht soviel, sondern viel weniger werth gewesen, und bestimmt also das Pretium, da heißt das Juramentum Minorationis. Freylich war höchst abgeschmackt, demjenigen einen Eid anzuvertrauen, der sich kein Gewissen gemacht hat, einen zu spoliiren. Wer sich kein Gewissen macht, einem eine Sache zu stehlen, oder einen um eine Sache zu bringen, der macht sich auch kein Gewissen, falsch zu schwören. Deswegen hat das Jus Romanum in dem Falle besser eingeführt, daß derjenige, dem durch Gewalt etwas abgenommen worden, so er nicht wieder erlangen kann, seinen Schaden eidlich ästimiren darf, welches Juramentum *Zenonianum* ab Imp. Zenone genennet wird, der es in l. 9. Vnde vi eingeführet hat. Z. Ex. es sind einem Kleider, Wäsche ꝛc. gestohlen, und andere Mobilien zerbrochen oder zerschmissen worden, dieses kann er aber nicht alles so Haarklein sagen, was es werth sey, so wird ihm erstlich gestattet, die Sachen überhaupt zu schätzen, welches hernach der Richter mäßigt, und er wird hernach zugelassen, seinen Anschlag eidlich zu erhärten, so heißt dieß Juramentum Zenonianum. Ausser diesen Arten ist auch noch das Juramentum Singularis Interesse zu bemerken. Es kann manchmal seyn, daß, wenn einer um eine Sache gekommen ist, er nicht nur einen Verlust in Ansehung des Pretii veri der Sache, oder auch in Ansehung der Affection gegen dieselbe leidet, sondern er kann auch ein Singulare Interesse missen müssen, als singularia Commoda, und können ihm singularia Damna daraus entstanden seyn. Dasjenige Juramentum nun, wodurch singularia Lucra, die wegen des Untergangs und Verderbung einem entgangen sind, oder wegen unterlassener Leistung der schuldigen Sache, inglei-

chem singularia Damna zugefüget, determinirt werden, heißt Juramentum Singularis Interesse. Daher ist das die dritte Art des Juramenti in Litem, die gemeiniglich mit dem Juramento in Litem Affectionis confundirt wird. Das Singulare Interesse aber ist ja ganz etwas anders, als die Affection. Z. B. es hätte sich einer die Bezahlung von seinem Schuldner an einem abgeredeten Orte ausbedungen; und an diesem Ort bezahlte doch der Debitor nicht, wodurch geschieht, daß dem Creditori viel entgehet, es entgehen ihm viel Lucra, und entstehet ihm auch eine grosser Schaden daher, so ist nicht genug, daß ihm nur das Geld an einem andern Ort bezahlt wird, sondern es muß ihm auch alsdenn sein singulare Interesse erlegt werden. Da kann er also die daraus entstandenen Schäden, und die um deswillen wegfallenden Gewinnste, daß in Loco convento das Geld nicht bezahlt worden, ästimiren. Thut er es eidlich, so heißt es Juramentum in Litem singularis Interesse. Allein wenn dieß Speciale Interesse von selbst klar ist, ist unnöthig, es eidlich zu bestimmen, und daher kann man auch zu dem Juramento in Litem Singularis Interesse nicht schreiten. Z. B. es hätte Nevius dem Sempronius 10 Scheffel Korn auf eine bestimmte Zeit liefern sollen, und wären sie geliefert worden, so hätte er sie sehr hoch ausbringen können, weil damals grosse Theurung gewesen, er hat es aber nicht gethan, so ist Sempronius nicht gehalten, damit zufrieden zu seyn, daß er die 10 Scheffel Korn hernach bekommt, sondern es muß ihm auch sein singulare Interesse gut gethan werden, das ist, die ihm daher entstehenden Schäden, und die um deswillen cessirenden Lucra, so er jure hätte percipiren können. Hier kann man aber von selbst, ohne einen Eid bestimmen, wie hoch sich dieselben belaufen, daher bedarf es keines Eids. So oft man aber das singulare Interesse nicht weiß, sondern es bloß derjenige weiß, der es wissen muß, oder den es angeht, wie hoch es sich belauft, so kann ers eidlich erhärten, und was er alsdenn eidlich determiniret, das muß ihm auch gegeben werden. Eben daher sieht man leicht, wie dieses Interesse supponire, daß die Damna und die Lucra, die cessiren, wieder propter dolum et latam culpam alterius zugefügt werden, denn der andere hat wieder keinen Vortheil davon, daß er nicht auf die bestimmte Zeit die Sache entrichtet hat. Solchemnach ist es wieder eine Strafe auf seiner Seite, wenn er das singulare Interesse prästiren muß, diese Strafe aber supponirt Dolum, oder, weil es hier zugleich auf Reparationem Laesionis ankömmt, die ihm gleich zu achtende latam Culpam. Von dem Juramento in Litem Veritatis et Affectionis sowohl, als dem Juramento in Litem Singularis Interesse habe ich zwey besondere Dissertationes geschrieben. Wir haben auch von Slevogt eine Diss.

de

de vera Juris jurandi in Litem Natura, ferner von Tenzel aus Erfurt eine Diſſ. de Jure jurando in Litem, wie nicht weniger von Stryck einen Tractat de Cautelis Juramentorum, ingleichem von Gribner eine Diſſ. de Probatione Juris jurandi declinandi cauſa ſuſcepta.

Viertes Buch.

Tit. XIII.

De Concluſione Cauſae.

§. 1.

Concluſio Cauſae heißt die Erklärung, daß man von weitern Beweiſen und Verfahren abſtehen und ſich der Entſcheidung unterwerfen wolle. Wenn nämlich die zwey Sätze des Actoris et Rei vorbey ſind, läßt man weiter ordentlicher Weiſe kein Verfahren zu, denn in den vier Sätzen kann die Sache weit genug verhandelt werden. Wenn alſo der Actor die Replik und der Reus die Duplik eingegeben hat, ſo ſubmittiret ein jeder darinn, das iſt, er renuncirt auf weitere Schriften, und überläßt nun die Sache der Urthel des Richters, daher iſt auch die Formel: ſubmittire hiemit zu einem gedeyhlichen Urthel, welches auch in Criminalibus pflegt beobachtet zu werden, daß, wenn der Defenſor weiter nichts pro Defenſione Inquiſiti anzuführen weiß, er beſchließt, und zu einem gedeyhlichen Urthel ſubmittirt. Allein das geht bloß die Partheyen an, wohingegen dem Richter, wenn er die Sache noch nicht genug zur Entſcheidung inſtruiret findet, in Cauſa nicht concludiret iſt, ſondern er den Partheyen noch weiter auferlegen kann, in der Sache zu verfahren. Es pflegt aber ſelten zu geſchehen, man iſt ſelbſt froh, wenn die Partheyen ſubmittiren, und muß man ſie manchmal mit Gewalt anhalten, daß ſie ſubmittiren, wenn ſie nämlich den Proceß in die Länge hinaus zu ſpielen oder zu verewigen ſuchen.

§. 2.

Es wird dieſe Concluſio Cauſae in *expreſſam* und *tacitam* eingetheilt. Expreſſa geſchiehet Verbis, denn überhaupt iſt Renunciatio auch vel expreſſa, vel tacita. Renunciatio kann auch vel *pure* ſeu *abſolute*, vel *ſub Conditione*

ditione geſchehen, daher kann auch vel pure, vel ſub Conditione Concluſio Cauſae geſchehen. Sub Conditione geſchiehet ſie, wenn ſie geſchiehet, in ſofern der Gegner nichts neues vorbringt, denn manchmal, wenn in der Sache ſubmittirt wird, könnte es der andere Theil mißbrauchen, und allerhand neues, wovon vorher nichts gedacht worden, anführen, ſomit einen Richter leicht verführen, weil der andere nichts dagegen anführen können, oder weil dagegen in Actis nichts enthalten, oder dieſe Nova nicht refutiret ſind. Wenn aber auch Pars adverſa Nova beybringen ſollte, und es wäre dieſe Conditio nicht ausgedrückt worden, ſo liegt es doch dem Richter ob, daß er dieſe Nova ex Officio Parti adverſae communicire, oder, wo er ſie nicht für erheblich erachtet, ſondern ihre Irrelevanz am Tage liegt, in decidendo gar nicht darauf achtet. Werden auch die Acta transmittiret, ſo überläßt er es Impartialibus, wie weit ſie darauf Rückſicht nehmen wollen, gedenket aber dabey, daß poſt Submiſſionem Partis alterius dergleichen Nova beygebracht worden, wo es denn manchmal geſchiehet, daß ganze Schriften, ja neue Deductionen eingeſchoben werden, um etwa den auswärtigen Richter einzunehmen. Will alſo der Richter die Sache nicht in Weitläuftigkeiten gerathen laſſen, ſo berichtet er an den auswärtigen Referenten, daß z. B. eine Deduction eingekommen ſeye, und um Weitläuftigkeiten zu verhüten, habe man ſie Parti adverſae nicht communiciren wollen, ſonſt gienge es in infinitum. Deswegen überlaſſe man es ihm, in wie weit er darauf reflectiren wolle. Iſt aber doch die Sache wichtig, ſo pflegt man wenigſtens eine ſolche Schrift, wie eine Deduction iſt, dem Parti adverſae zu communiciren. Sollte aber nachher wieder darauf geantwortet, und auf dieſe Antwort wieder repliciret werden, ſo wird darauf nicht geachtet, ſonſt käme es niemal zum Ende. Tacita Concluſio heißt diejenige, wenn aus den Umſtänden erſichtlich iſt, daß auſſer des Richters Urthel nichts übrig iſt. Wenn nämlich die Sache in Schriften ſo erörtert iſt, daß ſie nicht weiter erörtert werden kann, indem alles, was der Actor vortragen können, heraus, und was der Reus darauf angeführt, vorhanden, mithin weiter nichts übrig iſt, als der Spruch des Richters, ſo ſiehet man klar, daß es nicht einmal nöthig ſey, zu ſagen, man ſubmittire, ſondern es verſteht ſich von ſelbſt. Es pflegt doch aber gemeiniglich zu geſchehen, daß, wenn die Advocaten ihr Handwerk recht verſtehen, ſie in den letzten Sätzen expreſſe ſubmittiren. Wenigſtens können weniger Chicanen gemacht werden, da ſonſt einem leicht etwas einfallen, mithin er noch etwas beybringen kann, wenn ſich ſodenn der andere darauf berufen will, es wäre bereits in der Sache ſubmittiret, und gienge alſo nicht mehr an, etwas neues beyzubringen, ſo iſt bloß über die Submiſſion ein Streit. Um alſo den zu verhüten, iſt es beſſer, daß die

Parthien expreſſe ſubmittiren oder auszudrücken, daß ſie ſich nun der Urthel ſubmittiren wollen. Tacita Submiſſio iſt hier und in Sachſen, wenn die Duplik eingegeben, ſo daß die zwey letztern Schriften die Concluſionsſchriften heiſſen, nach welchen Partes nicht weiter fortfahren können, und wenn an einigen Orten keine Ordnung gemacht iſt, ſo kann der Richter befehlen, daß die Concluſionsſchriften eingegeben werden ſollen, und wenn ſie zu concludiren ſich weigern, kann er ihnen ex Officio es befehlen, und Cauſam ex Officio pro concluſa annehmen.

§. 3.

Woraus leicht begreiflich iſt, daß nach Beſchließung der Sache nichts neues zugelaſſen wird, ſo auch daraus zu erſehen iſt, daß ipſo Jure in wohlbeſtellten Gerichten eine gewiſſe Zahl Schriften eingeführt iſt, denn wo ein ſolcher Numerus von Schriften eingeführt iſt, da läßt man, wenn auch gleich nicht ſubmittirt wird, weitere Schriften nicht zu, wenn ſie über denſelben ſich belaufen. Daher wohl wahr iſt, quod os claudatur partibus Cauſa concluſa, z. B. wenn die beyden letzten Schriften vorbey ſind, wenn ſie auch gleich nicht ſelbſt ſagen, ſie wollen ſchweigen, und es nun weiter auf den Ausſpruch des Richters ankommen laſſen. Es ſagen aber auch die Doctores, quod Cauſae Concluſio Os aperiat Iudici, denn wenn in der Sache concludirt worden, ſo iſt Officii Iudicis, darinn zu ſprechen, indem nunmehr die Sache genugſam dazu inſtruirt iſt. Sollte auch dieſelbe noch nicht genugſam dazu inſtruiret, z. B. die Zeugenausſage noch undeutlich und alſo nöthig ſeyn, daß die Zeugen noch einmal examiniret würden, und ihre Ausſage wiederholten, ſo hindert Concluſio in Cauſa nicht, daß der Richter Repetitionem Teſtium vornehmen kann. Er kann daher auch noch einen Augenſchein einnehmen. Er kann auch noch einmal die Güte verſuchen, daß nämlich die Parthie ſich nicht der Gefahr einer ſchlimmen oder harten Urthel blosgeben.

§. 4.

Nach der Concluſion und vor der Urthel kömmt es zur Inrotulation, welche hauptſächlich nöthig iſt, wenn die Acta transmittirt werden ſollen. Actus Inrotulationis heißt derjenige, da die Acta durchgeſehen, (ob ſie nämlich vollkommen ſind, nichts weggelaſſen, auch nichts zugeſetzet wird, als was in Gerichten eingekommen,) und hierauf verſiegelt werden. Daher zu dieſem Actu Inrotulationis beyde Parthien oder ihre Anwälde citirt werden, damit ſie alles dieſes anſehen und wahrnehmen können ob etwa nichts eingeſchoben worden. Wenn ſodann ein jeder die Acta für complet halten muß,

werden sie auch in ihrer Gegenwart versiegelt. Bey dieser Inrotulation geschieht nun, daß manchmal gegen auswärtige Juristenfacultäten und Schöppenstühle protestirt wird, die man nämlich in der Sache für verdächtig hält, da denn auch an dieselben die Sache nicht verschickt werden kann, sondern in das Protocollum Inrotulationis mit eingebracht werden muß, gegen was für Universitäten ein jeder Theil excipirt habe. Diese inrotulirten Acta werden nun im Namen des Richters oder des Gerichts transmittiret. Wenn beym Oberappellationsgerichte zu Zelle Acta an eine juristische Facultät transmittiret werden, so wird im Namen des Oberappellationsgerichts oder sonst, wenn es ein anderes Gericht ist, im Namen des Richters, z. B. des Kanzlers, Kanzleydirektors und dergleichen die Urthel abgefaßt, und unten hernach daran ein Attestat von der Juristenfacultät gesetzt, die es im Namen des Transmittenten verfertiget hat, z. B. daß dieses Urthel den Akten gemäß, bezeugen wir Procancellarius, Doctores und Professores der Juristenfacultät auf der Königlichschwedischen, Hochfürstlichhessenkasselischen Universität zu Marburg. Im Urthel selbst hingegen steht z. B. in Sachen ꝛc. (nachdem es Sachen sind). Sind es Revisions- oder Appellations- oder Leuterationssachen, so steht: in Revisionssachen, in Appellationssachen, in Leuterationssachen, und wird darauf der Kläger und Beklagte genennet, z. B. des Klägers Titius an einem entgegen den Sempronius, Beklagten, am andern Theile, erkennen wir Kanzler und Räthe von der Regierung (welche sie transmittiret hat). Sachen, die dem Gegentheile nicht dürfen communiciret werden, z. B. worüber er nicht zu hören ist, können auch noch bey der Inrotulation beygefüget werden, wohin Deductiones gehören. Die Rationes decid. werden gewöhnlich nicht communiciret, wenn auch gleich die Parthien darum bitten, denn sie werden pro Informatione Iudicis non Partis verfaßt. Es bedienen sich aber bisweilen Advokaten der Kautel, daß sie den Fall unter verstecktem Namen nochmals an das Kollegium, das gesprochen hat, gelangen lassen, und ein Informat einholen, wo sie dann, wenn es solches nicht merket, manchmal die Rationes decidendi herausbekommen.

Viertes Buch.

Tit. XIV.

De
Sententia Judicis.

§. 1.

Sententia Iudicis heißt derjenige Satz, welcher eine vom Richter geschehene Entscheidung der Sache enthält. Diese Sententia nun ist nach dem Unterschiede der Causarum verschieden, und heißt daher auch bald eine Haupturthel, bald eine Nebenurthel. Sonst ist Sententia Finis Litis überhaupt, und daher kann man Litem sehr hinausziehen, wenn man den Spruch selbst hinausschiebt, indem man nämlich noch neue Sätze zu erhalten sucht. Es ist die Causa vel incidens, vel principalis, daher

§. 2.

wird Sententia in *Interlocutoriam* et *Definitivam* eingetheilt. Eine Urthel, wodurch ein Incident- oder Nebenpunkt entschieden wird, heißt ein Interlocut. Dergleichen Incidentpunkte können viele vorkommen, z. B. wenn gefragt wird, ob Lis zu contestiren, ob ein Zeuge zu admittiren sey oder nicht, ob das deferirte Juramentum abzuschwören oder nicht, ob die Instrumenta zu ediren seyen oder nicht, das sind lauter Nebenpunkte. Wenn denn darüber eine Sentenz ergehet, so heißt diese Sententia interlocutoria, oder kurz, ein Interlocut. Wenn aber in der Hauptsache gesprochen wird, so heißt es Sententia definitiva, welche voraussetzt, daß sie nach Anhörung beyder Theile und Untersuchung der Sache gefällt worden ist. Denn es heißt: man verdammet Niemand, man muß ihn vorher hören. Mithin müssen beyde Theile gegen einander gehört worden seyn. Die Definitiva ist vel *absolutoria* vel *condemnatoria*, vel *mixta*, oder 1) da Reus schlechterdings absolviret, 2) da er absolut condemniret, 3) wenn er in einigen Punkten condemniret, in einigen absolviret wird, z. E. daß Beklagter die libellirten 1000 Reichsthaler nebst den Proceßkosten nach vorläufiger Ermäßigung des Richters zu zahlen schuldig seyn solle, ist Sententia definitiva. Wenn einer bittet, der Reus soll etwas herausgeben cum fructibus perceptis et percipiendis, so ist das mixta.

§. 3.

Was die Art, das Urthel zu eröffnen, anbelangt, so ist dieselbe nach Verschiedenheit der Richter verschieden. Es pflegt aber Sententia von dem Richter entweder selbst oder von dem Actuario, oder Secretario publiciret zu werden. Manchmal kann es auch allein vom Actuario oder Secretario geschehen, ohne daß der Judex dabey ist, wenn es nur in Loco Judicii geschiehet. Da wird dann ein Termin angesetzt ad publicationem Sententiae, und müssen in diesem Termin beyde Theile erscheinen, und die Sentenz anhören. Wenn nun geschiehet, daß derjenige, der etwa befürchtet, daß die Sache gegen ihn ausfallen möchte, nicht erscheinet, so kann deßwegen doch Sententia in Contumaciam publicirt werden, und pflegt man zu Marburg in Consistorio dieses insonderheit zu beobachten, daß wenn ein Theil wegbleibt, und die Sentenz nicht anhören will, der Pedell hingestellt wird, um die Sentenz anzuhören, und zwar in des ausbleibenden Theils Namen. Sodann wird die Urthel ex Periculo seu Scripto recitiret, das ist, schriftlich verfaßt und abgelesen, worinn die Solennität unterschieden ist. An manchen Orten geschiehet es sitzend, sonst aber stehend. Bey den Römern konnte es nicht stehend geschehen, sondern es mußte der Richter pro Tribunali sitzen. In Marburg hingegen, z. B. beym Revisionsgerichte, stehet der Secretarius am Tische, wo er sonst sitzt, und liest die Sentenz ab, die Advokaten stehen am Schranke und hören zu, und das Gericht sitzt dabey an einem andern Tische. Bey der Kammer gehet die Publicatio einer Urthel mit besondern Solennitäten vor, die in andern Gerichten nicht sind. In die Urthel selbst sind keine Rationes decidendi zu setzen, weil es nur Gelegenheit zu critisiren giebt, indem, wenn die Rationes nicht bündig genug scheinen, es wieder Gelegenheit geben kann, die Urthel von neuem anzufechten. Es hat zu Marburg der Vicekanzler Waldschmid eine besondere Dissertation gehalten de Rationibus decidendi Partibus non communicandis, und so wird es in den meisten Judiciis observiret. Wenn man hingegen siehet, daß die Parthien nichts Gefährliches vorhaben, so kann es geschehen, um ihnen besser fortzuhelfen, daß man ihnen auch die Rationes decidendi des auswärtigen Urthelsverfassers communicirt, schuldig ist man es aber nicht.

§. 4.

Die Urthel muß überhaupt den Gesetzen gemäß seyn, denn Sententia ist eine Decisio Causae. Die Causa aber muß nach den Rechten und nicht nach dem Belieben, seu pro arbitrio Judicis, decidirt werden. Sonst wenn sie den Rechten zuwider läuft, kann sie angefochten werden. Nun läuft aber eine

Urthel

Urthel entweder gegen Jus in theſi, und dann iſt ſie nulla, und kann mit der querela nullitatis 30 Jahre lang angefochten werden, oder ſie geht nur gegen Jus in hypotheſi, und dann muß man gegen ſelbige ein Remedium juris ſuſpenſivum einlegen, ſonſt wird ſie doch rechtskräftig. Contra Jus in Theſi nennt man auch contra Jus Conſtitutionis in oppoſitione ad Jus in Hypotheſi, ſo man auch nennt contra Jus Partis. Z. B. wenn der Richter contra regulam Juris ſpricht, ein Pupill könne ein Teſtament machen, und es ſey gültig, das iſt contra Jus in Theſi geſprochen. Wenn hingegen der Richter einem deswegen das Teſtamentmachen abſpricht, weil er noch nicht 14 Jahre alt geweſen und er es doch iſt, ſo iſt das geſprochen contra Jus in Hypotheſi. Rechtlich iſt zwar wahr, daß niemand unter 14 Jahren teſtiren kann, allein in gegenwärtigem Falle iſt nicht wahr, daß man das 14te Jahr noch nicht erreicht hat.

Die Sentenz muß auſſerdem allemal dem Petito Partium gemäß ſeyn. Wenn man daher eine Sentenz abfaſſen will, muß man allemal auf das Petitum deſſen, für welchen geſprochen wird, ſehen. Mehr, als er fordert, kann man ihm nicht zuſprechen. Dieſem Petito gemäß iſt Litis Conteſtatio und Probatio per Articulos geſchehen, denn was nicht libellirt worden iſt, kann auch nicht articulirt werden. Und alſo hat man ſich freylich hauptſächlich nach dem Libell zu achten. Nach dieſem wird ſie abgefaßt per modum Condemnationis oder Abſolutionis, weil entweder dem Petito des Actoris deferirt wird oder nicht. Wird dem Petito Actoris deferirt, ſo wird Reus in das condemnirt, was der Actor von ihm verlangt, wird aber deſſen Petito nicht deferirt, ſo wird der Reus von allen Prätenſionen abſolvirt, die der Actor im Libell an ihn gemacht hat, und da müſſen beyde, ſowohl Interlocutoria als Definitiva, certae ſeyn, d. i. man muß ex Sententia erſehen können, was nach allen Umſtänden präſtirt werden ſoll. Sonſt entſtehet über die Sentenz ein neuer Streit. Wenn der Streit darüber wäre, wo einer zu jagen befugt iſt, und die Sententia würde abgefaßt, daß einer jagen könnte, wo er zu jagen berechtiget ſey, ſo wäre Sententia incerta, denn eben darüber, wo er zu jagen berechtiget ſey, iſt die Frage. Man muß daher ex Sententia nach allen Umſtänden erkennen können, was zu präſtiren iſt, nämlich Locum, Tempus, Quantitatem et Qualitatem. Ueberhaupt muß in Verfaſſung der Urthel beobachtet werden, was man in den Vers gebracht hat: Quis, quid, ubi, quomodo, quando, quibus auxiliis, ausgenommen das Cur braucht man nicht immer hineinzuſetzen. Z. B. wenn man einen zur Zahlung per Sententiam anhalten will, muß in der Urthel ausgedrückt werden, wer, und was er

bezahlen soll. Daher muß die Summe bestimmt werden. Quibus Auxiliis, der Umstand findet in dem gegebenen Falle nicht wohl statt, in andern Fällen aber gehet es wohl an, daß man auf den Umstand Cur bey der Urthel sehen kann. Es ist genug, wenn aufs höchste nur die Causa debendi ausgedrückt wird, z. B. die bey dem Mevius aufgenommenen 1000 Rthlr. soll er gehalten seyn, zu bezahlen, ingleichem Quomodo, in was für einer Sorte, Quando, wann. Da muß auch der Zahlungstermin anberaumt werden. Ist die Urthel ungewiß, so ist es keine Urthel, denn sie hebt den Streit nicht, sondern vermehrt ihn. Wenn gesprochen wäre, daß Kläger an den Orten, wo er zu jagen befugt sey, hinfür jagen soll, und der ganze Proceß wäre doch blos deswegen angestellt, wo er zu jagen befugt sey, so hat solche Sentenz keine Wirkung.

§. 5.

Manchmal wird durch die Urthel ausser der Hauptsache noch mehr abgethan, was nämlich im Libell noch neben der Hauptsache gebethen worden. Im Libell pflegt man nämlich zugleich zu bitten, den Beklagten in die Unkosten zu condemniren. In der Sentenz wird demnach auch zugleich mit über die Unkosten erkannt, und nicht nur über die Hauptsache, ja über die Zinse, wenn dergleichen zu prästiren sind, über die Fructus percipiendos, welche zur Restitutioni cum omni causa gehören, wovon oben gehandelt worden ist. Die pflegen mit erkannt zu werden, z. B. in Rei Vindicatione, wo nicht nur Restitutio rei, sondern auch cum omni causa, erkannt wird, und können selbige zuerkannt werden, z. B. wegen vorsetzlicher Streitsucht. Es ist eine Poena temere Litigantium, daß die Unkosten ersetzt werden müssen. Aber eben deßwegen, wenn einer frey a temerario Litigio ist, werden ihm auch die Unkosten nicht zuerkannt. Es ist nun einer frey a temerario Litigio, wenn er eine Causam probabilem gehabt hat, d. i. es kann Beyden glaubhaft gewesen seyn, daß sie eine gute Sache haben, und ein jeder hat meynen können, gegen den andern seine Ansprüche auszuführen. In solchem Falle also, wenn eine Causa ab utraque parte probabilis ist, werden die Unkosten gegen einander aufgehoben, wie es auch im Urthel heißt: Immassen wir hiemit erkennen, oder auch, wenn es in Instantia Appellationis ist, und bestättigen, wenn nämlich Sententia a qua confirmiret worden, mit Vergleichung der Unkosten, das heißt so viel, daß die Unkosten sollen compensirt seyn. Manchmal stehet auch so: Immassen wir hiemit erkennen, die Unkosten aber aus bewegenden Ursachen mit einander vergleichen, das ist eine Anzeige, daß dem Richter die Causa ab utraque parte probabilis geschienen haben müsse, wenn es z. B.

zu

zu einem Juramento gekommen ist. Manchmal aber wird gar nichts von den Unkosten in der Urthel gedacht, da werden die Unkosten stillschweigend gegen einander für aufgehoben gehalten. Die Causa ist auch ab utraque parte probabilis, wenn es etwa auf ein Punctum Juris controversi ankömmt. Deßwegen findet man vielfältig in rationibus decidendi, daß es unten heißt: Weil es auf ein Punctum Juris controversi angekommen, so habe man in der Urthel die Expensas compensiret. Die Causa ist nicht weniger ab utraque parte probabilis, wenn beyde Theile Responsa Juris für sich haben. Das geschieht oft, manchmal geschieht es gar, daß Beyde Urthel für sich gehabt haben, wenn nämlich die Sache durch viele Instanzen durchläuft, da werden in der letzten Instanz die Expensae compensirt, denn wenn beyde Parthien Responsa oder Urthel für sich gehabt haben, so können beyde nicht pro temerariis Litigantibus gehalten werden.

§. 6.

Die Wirkung der Urthel ist, daß sie in die Kraft Rechtens erwächst, wenn intra Decendium oder innerhalb 10 Tagen, welches de momento ad momentum gerechnet wird, gegen sie nicht Remedia suspensiva eingewandt werden, z. B. wenn davon nicht intra Decendium Appellation interponirt worden ist. Alsdann wird sie pro veritate gehalten, nach der Praesumtione Juris et de Jure, wovon oben das mehrere gehandelt worden ist. Eine peinliche verdammende Urthel geht nie in die Rechtskraft über. Der Inquisit wird allezeit gehöret, wenn auch die Urthel schon 4 Wochen alt ist. Sententia absolutoria gereicht ihm ohnedem zum Nutzen, wird also rechtskräftig. Vermöge der Vertheidigung und derselben Gunst kann er bis auf die letzte Stunde gehöret werden. Conf. Böhmer in Diss. de Sententiis in rem judicatam non transeuntibus.

Viertes Buch.

Tit. XV.

De quibusdam Intervenientibus in Judicio.

§. 1.

Es gehöret dahin 1) das Juramentum Calumniae. Juramentum Calumniae oder der Eid vor Gefährde heißt derjenige, wodurch man erhärtet, daß man glaube, eine gerechte Sache zu haben, und zugleich verspricht, im Fortgange der Sache nichts zur Verzögerung derselben wissentlich vorzunehmen, oder sonst gefährlicher Weise dabey zu verfahren. Es wird das Juramentum Calumniae in *Generale* und *Speciale* eingetheilet, welches Juramentum Speciale auch *Juramentum Malitiae* genannt wird.

§. 2.

Generale Juramentum Calumniae ist dasjenige, welches von beyden Theilen in Ansehung der ganzen Rechtssache geleistet wird. Wenn beyde Parthien, im Falle, da sie einen Proceß anfangen, schwören, daß sie glauben, eine gerechte Sache zu haben, und nicht wissentlich einen andern durch den Proceß vexiren wollen, so heißt das Juramentum Calumniae generale. Es hat solches in allen Instanzen und so auch in der Appellation statt, wenn es auch gleich schon einmal in der ersten Instanz geleistet worden ist, weil Gefährde allezeit eintreten kann. Weil nun das Juramentum legale ist, so kann es der Richter ex Officio auferlegen und darf nicht erst warten, bis die Parthien es einander deferiren. Fordert es der Richter nicht, so darf man auch nicht schwören. Nun wissen die Advokaten am besten, wie es um Justitiam Causae aussiehet, daher müssen sie auch diesen Eid vorzüglich abschwören. Heut zu Tage aber ist das Juramenrum Calumniae generale in den meisten Orten und insonderheit im Magdeburgischen und in Sachsen wegen des Mißbrauchs abgeschafft, denn es kömmt hauptsächlich auf die Advokaten dabey an, welche doch beym Antritte ihres Amts überhaupt schwören müssen, faule Sachen nicht anzunehmen, und keine Chikanen zu machen. Daher kann man ihnen nicht noch einmal zumuthen, zu schwören, daß sie keine ungerechte Sache angenommen haben, es müßte denn ein besondrer Verdacht vorhanden

seyn.

seyn. Solchemnach ist das Juramentum Malitiae sc. non committendae das gewöhnlichste, und heißt eben dasjenige, welches wegen jeden Verdachts einer Gefährde über jeden Punkt gerichtlich zugeschoben wird. Wenn einem zugemuthet werden will, seine Documenta herauszugeben, so kann man dem andern das Iuramentum deferiren, wenn er einen nur scheint damit vexiren zu wollen, oder etwas Gefährliches damit vor hat. So ist auch das Iuramentum Dandorum et Respondendorum eine Art des Iuramenti Calumniae specialis. Ferner, wenn das Iuramentum dem deferirt wird, der zum viertenmal Zeugen produciren will oder zum drittenmal um Dilation ansucht. Ob aber der Abusus Iuramenti Calumniae generalis den Vsum aufheben solle, ist eine andere Frage. Manchmal werden die Schelmenstücke so heimlich gehalten, daß es der andere gar nicht merkt, daher er das Iuramentum Calumniae speciale ihm nicht deferiren kann, also hätte es Grund für sich, daß das Iuramentum generale wäre beybehalten worden.

§. 3.

Heut zu Tage muß das Generale Iuramentum Calumniae auf des Gegentheils Verlangen geleistet werden, allein nur in dem Falle, wo man eines gefährdevollen Processes verdächtig ist, sonst aber nicht, sondern es wird sogleich der Proceß angefangen, ohne daß die Parthien vorher das Iuramentum Calumniae abgeschworen haben, so daß wenn es der Richter oder die Parthie nicht fordert, es dem Processe nichts schadet, vielweniger nullitatem induciret. Da nun das Iuramentum Speciale eine Suspicionem Malitiae in certo puncto voraussetzt, so hat der Papst beyde neben einander stehen lassen, hingegen Justinian durch das Iuramentum Generale das Speciale bey einem jeden Actu in specie aufheben wollen. Der Papst gründet sich darinn, daß wenn einer das Iuramentum Generale abgeschworen, doch noch gegen ihn bey einem Incidentpunkte, z. B. der Editione Docum. ein besonderer Verdacht vorkommen könne, daher solchenfalls noch einmal das Iuramentum zu deferiren sey. Der Richter kann solchen Eid nachlassen, wenn er in ein Iuramentum veritatis übergeht, welches gewöhnlich alsdann geschieht, wenn über eines Theils eigene Handlungen dieser Eid zugeschoben wird, denn schwören Beyde, so begienge eines einen Meineyd. Z. B. ein Weibsbild verklagt einen Kerl beym Consistorio 1) er habe ihr die Ehe versprochen, 2) sie geschwängert. Sie deferirt ihm das Iuramentum, er spricht: Ich will schwören, aber ihr sollt vorher das Iuramentum Malitiae abschwören. Weil sie nun vorher gewiß wissen müssen, ob es geschehen ist, so muß der Iudex

das Iuramentum Calumniae erlassen, und der Kerl muß schwören, weil der Haupteid substantiel ist, das Iuramentum Calumniae aber nicht.

§. 4.

Ferner kömmt manchmal in Iudicio Litis Denunciatio vor, wovon oben schon gehandelt worden, und heißt Litis Denunciatio eine Aufforderung dessen, der ein Recht auf uns übergetragen hat, beym Rechtsstreit zu assistiren, worein wir durch sein Verschulden gerathen. Oben haben wir gesehen, wenn dem Käufer der Garten in Anspruch genommen werden sollte, den er von Mevius gekauft hat, so kann alsdann der Käufer sogleich in primo Termino ad assistendum Liti Auctorem suum, d. i. den Verkäufer, citiren lassen, und was sodann Rechtens, ist oben schon gezeigt worden, folglich nicht nöthig, es hier zu wiederholen. Genug, daß auch Litis Denunciatio ein Interveniens in Iudicio ist.

§. 5.

Ferner gehört auch hieher Interventio, und zwar eigentlich, denn Interventio kömmt insonderheit vor, wo von dem Rechte des Dritten die Rede ist. Wenn zwey einen Proceß führen, und dem Tertio daran gelegen ist, so kann er dazwischen kommen. Z. B. es gerathen zwey ratione Sponsaliorum mit einander in einen Streit, da kömmt nun ein Dritter dazwischen und sagt, es hätte sich die Braut schon eher mit ihm versprochen, so heißt dieser Interveniens, und der Gegentheil Intervent, gegen welchen nämlich Interveniens eingekommen, die Causa wird auch Causa Interventionis, eine Interventionssache genannt. Diese Interventio hat, weil dem Tertio nichts präjudicirliches wider seinen Willen vorgenommen werden kann, selbst in Executione statt. Der Mann ist z. B. dem Mevius viel schuldig gewesen, darüber haben sie lange mit einander processirt, endlich kömmt es zum Spruche, daß der Mann bezahlen soll, er bezahlt nicht, darauf wird die Execution verhängt, es soll nämlich der Creditor in sein Haus immittiret werden, so kann die Frau interveniren, und sich auf ihre Hypothecam tacitam berufen, die sie vorher schon auf dem Hause hat, und woran ihr nicht präjudiciret werden kann, wie doch geschehen würde, wenn der Creditor in das Haus immittirt werden sollte. Gleichwie aber in Executione keine Exceptiones admittirt werden, als in continenti liquidae, also wird auch Interventio in Executione nicht admittirt, si altioris indaginis est, vel non in continenti liquida. Die Interventio, wovon bisher gehandelt worden, wird von den Doctoribus in Interventionem *principalem* und *accessoriam* eingetheilt. *Principalis* heißt, wo-

wodurch ein Theil der ſtreitenden Parthien ausgeſchloſſen und Interveniens admittiret wird. Z. B. in dem gegebenen Falle, wenn über die Sponſalia Streiti entſtehet, z. B. die Braut den Bräutigam nicht haben will, und er ſie deßwegen belanget, und ein Tertius dazwiſchen kömmt, ſich auf Sponſalia publica priora berufend, wird der Proceß mit dem Sponſo priori ſuſpendirt, und geht nun mit dem Interveniente an, das heißt dann principalis Interventio. Wenn aber nur der Tertius ad aſſiſtendum intervenirt, wie es bey der Litisdenunciation geſchiehet, ſo iſt es eine Interventio acceſſoria, da bleibt der Proceß, wie er Anfangs geweſen, und es kömmt nur noch ein Dritter wegen des Intereſſe, ſo er dabey hat, dazu, der den Proceß continuirt, wie er angefangen worden, oder denſelben in eo ſtatu annimmt, wie er ihn findet. Beyde nun müſſen eher geſchehen, als die Cauſa geendiget iſt, denn ſonſt, wenn ſie geendiget iſt, muß einer ſeparato Proceſſu ſeine Sache proſequiren, da man propter Interventionem eine abgethane Sache nicht wieder rege machen laſſen kann. Daher geht auch in Executione die Interventio nicht an, wenn nicht erſt in Executione das Intereſſe offenbar wird, z. B. in dem gegebenen Caſu, wenn der Mann exmittirt, und ein Debitor in ſeine Bona immittirt worden, worauf die Frau eine hypothecam tacitam hat. Ja meiſtentheils entſteht erſt praejudicium intervenientium tempore executionis, daß ſie nämlich Jus potius auf die Sache haben, gegen welche die Execution ſtatt haben ſoll.

§. 6.

Weil denn die Interventio überhaupt ein Intereſſe erfordert, ſo einer bey einem Proceſſe hat, der zwiſchen zwey andern obſchwebt, ſo kann auch Interventio nicht zugelaſſen werden, bevor er ſein Intereſſe beſcheinigt. Wenn daher einer interveniren will, ſo iſt das das erſte, daß er ſein Intereſſe beſcheinigen muß.

§. 7.

Zu allem dieſem kömmt noch *Litis Reaſſumtio*. Litis Reaſſumtio heißt die Erklärung des Nachfolgers, den vom Vorfahrer angefangenen Proceß wieder fortzuſetzen. Denn der Richter muß wiſſen, auch dem Gegentheile iſt daran gelegen, daß er weiß, ob der Nachfolger den Streit fortſetzen, oder vielmehr darauf renunciren will. In den Fällen aber, wo ein Procurator in Judicio erſcheint, bedarf es keiner Litis Reaſſumtionis, denn das Mandatum iſt vi Rec. Imp. Nov. §. 99 auf Erben und Erbnehmen zu verfaſſen. Wenn daher gleich der Principal verſterben ſollte, ſo obligirt doch auch ſeine Erben die

Vollmacht, so dem Procuratori ertheilt worden ist. Solchemnach findet Litis Reassumtio blos in dem Falle statt, wo kein Procurator constituirt ist, sondern die Principales selbst in Gerichten erscheinen, oder den Proceß betreiben müssen, ingleichem wenn der Successor singularis ist. Wenn der Principal stirbt und die Erben ihre Namen ad Acta melden, so ist es eigentlich nicht Reassumtio Litis. Wir haben von Philippi und Wernher zwey Disputationes de Reassumtione Litis.

Viertes Buch.

Tit. XVI.

De Processu Arresti.

§. 1.

Arrestum, Kummer, heißt ein richterliches Geboth, Sachen nicht zu veräussern, oder an einem Orte zu verbleiben. Dabey kann man nun dreyerley Absicht haben. Erstlich kann man dadurch intendiren, daß die Jurisdictio Judicis alias ratione personae incompetentis prorogirt werde, und kann also competentia fori dadurch erhalten werden. Gesetzt daß mir Mevius, ein Kaufmann aus Frankfurt, 1000 Rthlr. schuldig ist, ich kann zu meiner Bezahlung gar nicht kommen, und in Frankfurt ihn zu belangen, ist mir viel zu weitläuftig und kostbar, ich habe auch andere Bedenken dabey. Nun werden Waaren von ihm etwa von Bremen oder Hamburg hier durchgeführt, und ich will seine Waaren mit Arrest belegen lassen, in der Absicht, daß er hier mir antworten müsse, und die Sache hier ausgeklagt werden könne. Da wird hier der Arrest ad prorogandam Jurisdictionem gebethen, denn der frankfurter Kaufmann steht nicht unter der hiesigen Obrigkeit, durch den Arrest aber wird der hiesigen Obrigkeit Jurisdiction auch auf den Kaufmann aus Frankfurt ausgedehnt. Freylich aber ist dabey zugleich die Absicht, daß die Sachen nicht sollen veralienirt werden können, sondern conservirt bleiben, um sich allenfalls, wenn man zu seiner Schuldforderung nicht kommen kann, daran halten zu können. Das ist die zweyte Absicht bey dem Arreste. Man kann nämlich den Arrest auch blos um deswillen auf eine Sache legen, daß die Sache nicht soll veralienirt werden können, als wie in dem Falle, wenn

der

der Debitor mit Schulden sehr beschwert und zu befürchten ist, daß er aufhören möge, solvendo zu seyn, oder ein Concursus Creditorum entstehe. Da kann man ihm seine Sachen mit Arrest belegen, daß sie nicht veralienirt werden können. Drittens kann man aber auch Arrestum impetriren, ein dingliches Recht, nämlich ein Pfandrecht zu erlangen. Und dazu ist der Arrest in Sachsen eingeführt. Ausser Sachsen wirket der Arrest kein Jus pignoris, sondern es entstehet daher nur ein Hindernis, Sachen des Schuldners zu veräussern. Eben deßwegen fällt alles das aus, was Struv von der Forma Processus Arresti angeführt hat, denn das setzt den sächsischen Arrest voraus, der aber ausser Sachsen nach gemeinem Rechte nicht gegründet ist. Daher ist auch trina repetitio seu renovatio, welche in der That eine triplex petitio Arresti ist, ausser Sachsen nicht eingeführt.

§. 2.

Darinn aber kömmt der sächsische Arrest mit dem Arresto Juris communis überein, daß allemal ein Debitum erfordert wird, und solches aliqualiter bescheiniget werden muß. Liquid braucht es nicht zu seyn, es muß aber doch existiren. Denn wenn einem Sachen mit Arrest belegt werden, so ist es ihm schimpflich, mithin kann man zum Arreste so schlechterdings nicht schreiten. Wenn daher das Debitum nicht aliqualiter bescheinigt, z. B. ein Wechsel producirt, oder sonst zwey Zeugen coram Notario abgehört worden, die von der Schuld ausgesagt haben, so geht es nicht an, daß der Richter einen Arrest erkennen kann. Er kann freylich noch nicht fordern, daß das Debitum liquidum sey, sondern solches muß bis zum Processe ausgesetzt bleiben. Es muß ihm doch aber wahrscheinlich seyn, sonst wenn ihm das Debitum nicht einmal wahrscheinlich ist, so könnte ja ein jeder herkommen, und den Andern dadurch beschimpfen, daß er ihm Arrest auf seine Sachen legen ließe. Gleichwie man demnach die temeraria litigia verhüten müssen, so hat man auch verhüten müssen, daß der Arrest nicht so schlechterdings angelegt werden dürfte.

§. 3.

Ausserdem aber wird auch erfordert, daß der Schuldner wegen des Entfliehens oder Verschleuderung seines Vermögens verdächtig oder doch sehr verschuldet ist, so daß ein Concurs zu befürchten sey, wie z. B. wenn bey einem Studenten zu befürchten ist, daß er weggehen werde, und die Creditores das Nachsehen haben müßten, wenn er seine Sachen mitnimmt. Wenn der Creditor suspicionem fugae gegen ihn excitiren kann, z. B. Leute abhören läßt oder Leute sistirt, gegen welche sich der Student verlauten lassen, daß er

durchgehen wolle, so ist es eine Causa justa Arresti, ohne daß deßwegen der Richter zur Verantwortung gezogen werden kann. Und ob es gleich sonst heißt, daß ein Arrest periculo Impetrantis ertheilt werden könne, so muß doch der Richter auch zugleich allemal auf die Causam debiti sehen, ob sie wahrscheinlich ist oder nicht, denn wenn auch gleich der andere sagt, er wolle es auf seine Gefahr nehmen, so muß ihm der Richter, wenn das Debitum gar nicht wahrscheinlich ist, doch nicht deferiren und zugeben, daß er den angeblichen Debitorem beschimpft. Denn wenn er ohne alle Begründung auf den Arrest erkennet, da keine Suspicio fugae oder Dilapidationis bonorum vorhanden ist, so kann der Richter sich gar leicht einen Injurienproceß auf den Hals ziehen. Er muß deßwegen nicht zu geschwind in Ertheilung des Arrests, aber auch nicht zu langsam seyn, vielweniger demonstratione facta den Arrest denegiren, sonst kann einem manchmal eine Sache entzogen werden per moram in decernendo Arresto commissam, ja es kann wohl dadurch seine ganze Klage vereitelt werden. Der Arrest ausser Sachsen kann aber auch leicht relaxirt werden, in dem Falle, wenn Caution prästirt worden ist. Wenn z. B. ein Kaufmann seine Waare durch einen Ort führet, und dieselbe mit Arrest beschlagen worden ist, so wird der Arrest gleich relaxirt, sobald er Caution etwa durch Bürgen leistet, de judicio suscipiendo, nämlich sich allhier einzulassen, und das hiesige Forum in seiner Sache zu agnosciren. Denn wenn die Sache nachher pro creditore ausfällt, so hält er sich an die Caution, wenn der Debitor dem Spruche keine Genüge thun will. Deßwegen sagt man: Cautio est Medicina Arresti. Anders verhält es sich in Sachsen, wo der Arrest nicht nur forum tribuiret und ein Mittel ist, fugam und alienationem bonorum zu verhüten, sondern ein Jus pignoris wirket, welches relaxatione Arresti dem Arrestanten benommen würde.

§. 4.

Ist der Arrest in Sachsen erhalten, so wird es dem Gegentheile notificirt, und muß gleich nach 14 Tagen der Arrestant den Arrest renoviren, und darf die Renovation keinen Tag eher oder langsamer vorgenommen werden. Nach Verlauf von 14 Tagen geschieht die Renovation zum andernmal, wobey sogleich die Kummerklage annectirt wird.

§. 5.

Die Kummerklage ist nichts anders, als durch die man den Arrest justificirt und bittet, daß der Richter den formalibus und materialibus nach den Arrest für gültig halte, und nun bittet recognitionem Instrumenti, sofort

die Bezahlung, daß also in effectu Arresti petitio triplicirt wird, weil die zweyte petitio tertiam in sich enthält, und zwar dieses nach der alten teutschen Gewohnheit, nach welcher die dritte Zahl sehr verehrt, und was zum drittenmal geschehen, erst pro legitime facto gehalten worden ist. Will also einer keine Caution bestellen, so continuirt der Arrest und wird er citirt, wie gewöhnlich. Erscheint er nicht, so wird in contumaciam verfahren, und endlich kann es zur Execution kommen, daß die Waaren angegriffen und zur Befriedigung des Creditoris verkauft werden.

§. 6.

Darauf wird der Debitor citirt, oder wenn er fort ist, so geht der Concursproceß an, wodurch der Debitor allen Kredit verliert. Da denn ordentlich wie bey den Concursprocessen verfahren wird.

§. 7.

Das Jus Pignoris, so in Sachsen der Arrest wirkt, fängt an a die impetrati Arresti, daher die Zeit genau registrirt, und um Recognition, daß der Arrest erhalten sey, gebeten werden muß.

Viertes Buch.

Tit. XVII.

De

Processu Summario.

§. 1.

Processus Summarius ist derjenige, bey welchem die Solennia Processus nachgelassen sind. Weil es doch aber ein Proceß seyn soll, so müssen die Substantialia Processus dabey beobachtet werden. Substantialia Processus heissen diejenigen Determinationes, so nicht wegbleiben können, sondern selbst vermöge der Vernunft bey dem Proceß beobachtet werden müssen. Und zwar wird zu einem jeden Proceß nach der Vernunft erfordert: 1) Petitio, 2) Citatio, 3) Responsio, 4) Probatio und endlich 5) Sententia. Diese Stücke können von keinem Processe wegbleiben, denn es heißt selbst der Vernunft nach; Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter. Diesemnach

ist

ist Petitio das erste, das ist die Klage. In dem Klaglibell eines Processus ordinarii steht, der Reus soll den Krieg Rechtens befestigen, in summario, er soll erscheinen und summarisch antworten. Allein auch der Vernunft nach muß man einen gegen den Kläger hören. Deswegen wird auch Responsio der Vernunft nach zum Proceß erfordert, und damit er sich verantworten könne, muß man ihm auch eine Zeit lassen sich zu bedenken, daher ist Citatio nöthig. Es ist aber nicht nur genug, daß einer etwas vorbringt, und der Andre darauf antwortet, sondern es muß auch das Fundamentum Actionis et Exceptionis erwiesen werden. Es ist also Probatio nöthig, und endlich muß auch der Vernunft nach eine Urthel gefällt werden, wodurch der Streit beygelegt wird. Das sind also Substantialia Processus, die müssen auch bey dem Processu Summario observirt werden. Hingegen giebt es auch Solennia, z. B. ob der Vertrag mündlich oder schriftlich geschehen müsse, das läßt die Vernunft unbestimmt, sondern es ist nur manchmal besser, daß man vielmehr schriftlich verfährt, als mündlich, unter gewissen Umständen. So gehört auch ad Solennia Processus, daß der Beweiß auf Artikel geschieht, oder die Zeugen auf Artikel abgehört werden. Gleichergestalt ist schlechterdings nicht nöthig, daß gewisse Termine von bestimmter Länge sind, sondern eine bloße Solennität. Diese Solennia sind nun alle bey dem Processu summario remittirt. Sie können da und auch weg seyn. Da kann der Vortrag mündlich, der Beweiß durch Zeugen geschehen, ohne daß Artikel übergeben, und erst Interrogatoria formirt werden, nachdem die Artikel vorher communicirt worden. Das sind blose Solennia, die das Jus civile eingeführt hat, zwar auch mit Grund, allein es hat keine rationem necessariam, sondern rührt von dem Gutdünken des römischen Gesetzgebers her. Man sieht also freylich, daß Sachen durch diesen Processum summarium ganz kurz abgethan werden können. Denn die Solennitäten machen Weitläuftigkeiten. Wo man also eine Sache ohne Weitläuftigkeiten abthun will, sagt man, sie soll summarisch oder wie man sagt, de simplici et plano, abgethan werden, d. i. wie es die Vernunft giebt und vorschreibt, daß Causae litigiosae zu decidiren und abzuthun sind, daß man also blos nach Vorschrift der Vernunft, und nicht nach dem Dictamine Legislatoris geht. Man nennt es auch levato velo, d. i. geschwind in der Sache verfahren, wenn man summarisch darinn verfähret. Weil denn durch den Processum summarium die Causae kurz abgethan werden können, dieses aber in allen Fällen nöthig ist, wo periculum in mora oder durch die moram ein damnum irreparabile zugefügt werden könnte, so kann man alle Causas, die Struv

§. 2.

§. 2.

ad summarias referirt, leicht verstehen, denn alle sind so beschaffen, daß sie keine moram leiden, wegen des großen Nachtheils, so davon abhängt. Und nach diesem Principio lassen sich alle Causae summariae beurtheilen. Daher sieht man sogleich, daß die Causae Fisci oder Reipublicae überhaupt Causae summariae sind, wenn nämlich eine Sache die Republik betrift oder den Fiscum, darinn wird nicht nach den Weitläuftigkeiten des gewöhnlichen Processes, sondern de simplici et plano, wie man sagt, verfahren, d. i. es wird weiter nichts observirt, als was die Vernunft erfordert, z. B. es wird kein Solennis Libellus eingegeben, es wird auch keine Solennis Citatio erkannt, sondern es wird ein simplex petitum gethan, darauf geschieht simplex Responsio, simplex Probatio uud endlich wird Sententia gefällt. Es sind aber Sachen von großem Präjudiz nicht nur die, welche die Republik concerniren, sondern auch diejenigen, welche die Kirchen angehen. Daher sind die Causae ecclesiasticae nicht weniger Causae summariae. Wie demnach ad Causas Ecclesiasticas alle Causae piae und Matrimoniales gehören, also gehören ad Causas summarias auch die Causae Ecclesiarum, die Causae Academiarum, die Causae personarum miserabilium, die Causae Matrimoniales. Was die Causas Reipublicae oder Fisci anbetrift, so gehören dahin in specie die Causae Tributorum et aliorum Onerum publicorum. Ferner leiden keinen Verzug die Causae aggerum, sepulchrorum, possessionum et novi Operis nunciationis, da kann ein Damnum irreparabile, ja auch ein ganzer Tumult darüber entstehen, weshalben die Sachen kurz abgethan werden müssen. Und weil denn die Causae piae ad Causas summarias zu referiren sind, jene aber pia Corpora concerniren, so folgt, daß die Causae Legatorum et Fidei Commissorum ad pias Causas, ebenfalls ad Causas summarias gehören. Ferner ist eine Causa von großem Präjudiz, wenn eine Mora bey deren Behandlung vorgeht, Causa Alimentorum, denn wenn über Alimenta processirt wird, z. B. über ein Legatum Alimentorum, und man will so weitläuftig in der Sache verfahren, so kann der Andere darüber zu Grunde gehen. Daher muß man wieder kurz in einer solchen Sache verfahren, und wird nichts weiter dazu erfordert, als was die Vernunft erfordert. Gleichfalls gehören hieher die Causae levissimae, wenn eine Sache Kleinigkeiten, die nicht viel betragen, betrift, daß mehr darüber processirt wird, als sie importirt. Die wird demnach summarisch traktirt. Man muß nun aber überhaupt den Processum summarium und Processum tumultuarium von einander unterscheiden. Denn ein Processus tumultua-

rius heißt derjenige, bey welchem sowohl die Solennia als Substantialia Processus vernachläßigt werden. Bey dem Processu summario hingegen sind doch die Substantialia vorhanden. So auch sind die Causae Salariorum et Mercedum solche Sachen, wovon wieder durch die Moram oder Verzug großes Präjudiz einem Theile zuwachsen kann, denn manche müssen allein von ihren Salariis und von ihrem Lohne leben. Wenn ihnen also diese lange vorenthalten würden, so könnten sie dadurch in sehr großes Elend gerathen. Daher sind das wieder Sachen, die geschwind abgethan werden müssen. So sind auch die Causae Mercatorum beschaffen, weil das Commercium sonst gehindert würde, wenn sie nicht geschwind abgethan würden, wohin denn Schiff- und Wechselsachen zu referiren. Diese werden deßwegen summarisch traktirt, so daß der Wechselproceß ein Processus summarius ist. Der Studentenproceß ist auch ein Processus summarius, so daß er nicht nach den gewöhnlichen Solennitäten des Processes behandelt wird, als wo er sehr wichtig ist, oder es auf eine große Summe ankömmt. Nächstdem gehört auch dahin die Causa, da man ad exhibendum agirt, die Causa Possessorii summariissimi, welches lauter Causae praeparatoriae sind. Wenn die Causa praeparatoria allzuweitläuftig traktirt würde, so würde der Proceß dadurch sehr verzögert, welches zumal bey Causis summariissimi Possessorii, ubi metus Armorum adest, nichts nützt, sondern dergleichen Causae müssen wieder geschwind auseinander gesetzt werden. Daher ist es auch dem Arbitrio Judicis überlassen, daß er nach der Qualität der Causarum die Sache summarisch oder aber nach den Weitläuftigkeiten des Processes abthun kann, z. B. in Studentensachen, wenn ein Bürger mit einem Studenten einen weitläuftigen Proceß anfangen will, und es ist der Mühe nicht werth, so braucht der Richter den Studenten nicht in die Weitläuftigkeiten des Processes zu stürzen, sondern er kann die Sache summarisch traktiren. Er kann den Bürger, als Kläger, ad Protocollum vernehmen, hernach des beklagten Studenten Aussage, auch die Zeugen kurz und ohne alle Weitläuftigkeiten von beyden Seiten abhören, und alles ad Protocollum nehmen, so kann die Sache auf einmal leicht abgethan werden. Sonst wenn man es zu einem schriftlichen Verfahren kommen läßt, kann die Sache ins Unendliche fortdauern. Struv rechnet auch ad Causas summarias Causam depositi. Allein diese wird nirgends ausgenommen, und erfordert Processum ordinarium um so mehr, wenn das Depositum geläugnet wird, weil es dann ordinariam probationem erfordert.

§. 3.

§. 3.

Bisweilen kann auch Causa ordinaria summarisch verhandelt werden, wenn es die Partes litigantes unter einander verabreden. Denn der Processus summarius ist ihnen zum Besten eingeführt. Die Weitläuftigkeiten haben zwar alle ihren Grund, sind aber vom Besten der streitenden Parthien hergenommen, daß keiner sich übereilen darf, sondern einem jeden so viel Zeit gelassen werde, als ad fundandam suam intentionem nöthig ist. Wollen sie aber diese Weitläuftigkeiten nicht haben, sondern lieber in kurzem auseinander kommen, so kann es ihnen niemand verwehren. Denn auf ihr Interesse kömmt es allein an, und wenn sie also lieber sehen, daß die Sache kurz abgethan werde, so ist weiter niemand dabey interessirt. Der Richter ist nicht dabey interessirt, im Gegentheile ist es ihm lieber, wenn er die Sache summarisch, als nach den processualischen Weitläuftigkeiten abthun kann. Das erfordert aber allemal eine Conventionem partium litigantium, denn sonst, wenn die Sache zu einem solennen Processe geeigenschaftet ist, so kann der Richter den Processum summarium den partibus litigantibus nicht aufdringen oder wider ihren Willen die Sache summarisch abthun. Ists aber levissima Causa, oder es erscheint eine Streitsucht bey beyden Theilen, so kann er ex Officio alles abschneiden und die Sache summarisch abthun. Um noch vielmehr kann es die höchste Gewalt thun, Commissarios niedersetzen und befehlen, summarisch zu verfahren. Denn der Staat ist über die Gesetze. Wenn aber der Actor eine Sache, so zum Processu ordinario qualificirt ist, summarisch behandeln wollte, so geht es ohne Consens des Rei nicht an, weil es ihm zum Nachtheile gereichen kann, wenn er etwa kein Spatium deliberandi hat. Er kann auch den Processum summarium nicht in ordinarium verwandeln, weil dieser länger dauert, es aber seyn kann, daß der Reus bald fertig seyn möchte, um Unkosten und Verdruß zu vermeiden. Claproths Einleitung in die summarischen Processe ist eines der neuesten und klassischen Handbücher. Hofmann in seiner teutschen Reichspraxis II Band ist ausser Sachsen auch sehr wohl zu gebrauchen.

Viertes Buch.

Tit. XVIII.

De Processu Executivo.

§. 1.

Processus executivus heißt derjenige, welcher angestellt wird, wenn sogleich auf die Execution geklagt worden ist. Nun heißt es, der Proceß soll von der Execution nicht anfangen. Wenn daher nichts Ungerechtes bey diesem Processu Executivo vorgenommen werden soll, so muß er zum Grunde klare Briefe und Siegel, d. i. Chirographa liquida haben, welche auch *Guarentigiata* genannt werden, von der alten Clausula Guarentigii seu Executiva, die so heißt: Woferne ich auf die bestimmte Zeit, z. B. auf Ostern, nicht einhalten sollte, so unterwerfe ich mich und mein Vermögen der Execution. Allein durch den neuesten Reichsabschied ist verordnet worden, daß diese Clausula nicht allemal ausdrücklich inserirt werden darf, sondern es sey genug, wenn das Chirographum nur liquidum sey. Da denn liquidum Instrumentum heißt, aus dem ersichtlich ist, was für eine Schuld, von welcher Beschaffenheit und wie groß, zu welcher Zeit und aus welchem Grunde selbige herrühre. Daß also das Instrumentum pro liquido nicht zu halten, wenn nicht die Causa debendi darinn ausgedrückt ist und sie sonst ein Vitium an sich hat. Es hat nun aber seine Vim probandi entweder für sich, oder erhält sie erst per recognitionem. Jenes findet statt, wenn es ein Instrumentum publicum ist, dieses aber, wenn es ein Instrumentum privatum ist, denn das beweißt nicht, nisi recognitum.

§. 2.

Verdorben werden Instrumenta durch rasuras in substantialibus, z. B. an dem Orte, wo das Datum, die Schuldpost, summa debita, steht, diese darf nicht radirt werden. Wenn es aber an einem minder wichtigen Orte geschehen, wird dem Instrumente an seiner Gültigkeit nichts entzogen. Z. B. es steht: Damit nun mein Herr Gläubiger anstatt Schuldner, mithin ist das Wort Gläubiger radirt, so hindert es nichts. Sie werden auch durch das

zwischen

zwischen die Linien Schreiben verdorben, denn einer, der etwas schreibt, läßt zwischen einer Zeile so viel Spatium, als der andern. Wenn man nun 3 Zeilen sehr enge beysammen sieht, so ist zu vermuthen, daß eine hineingesetzt worden. Die verschiedene Dinte allein läßt noch nicht auf Verschiedenheit der Schrift schließen, ausser die verschiedene Handschrift kömmt hinzu. Die Dinte kann ja anfangs dick seyn. Es thut einer Wasser darunter, und rührt sie wieder auf, da ist dreyerley Dinte und es thut nichts. Wenn hingegen ein Instrument für alt ausgegeben wird, so doch in charta recenti geschrieben ist, so ist das Vitium wieder offenbar. Z. B. einige Papiermacher setzen manchmal in ihr Papier die Jahrzahl, da es gemacht worden, z. B. im Jahre 1722, das Instrument ist aber datirt 1715, so ist offenbar eine falsitas passirt. Sonst kann ein Instrument wohl unterschiedenes Papier haben, z. B. ein Bogen mit dem Adler, der andere mit der Traube, der dritte mit dem Schlüssel bezeichnet seyn. Darauf kömmt es nicht an.

§. 3.

Wie wird nun, wenn sogleich auf die Execution geklagt worden, der Proceß formirt? Antw. Das erste ist, daß der Kläger dem Richter das Factum kürzlich in einem Libell vorträgt. Er sagt: „Aus beygehender Obligation sub Lit A ist zu ersehen, wasmassen mir Titius vor einem Jahre 1000 Rthlr. ex mutuo schuldig geworden. Wenn nun Titius sich nicht verstehen will, diese Schuldforderung mir abzutragen, hingegen aber bekannten Rechtens ist, daß auf klare Briefe und Siegel executive sogleich geklagt werden kann, als bitte, ihn auf einen gewissen Termin zu citiren und anzuhalten, seine Hand zu recognosciren oder eidlich zu diffitiren," (in dem Falle nämlich, da das Instrumentum privatum ist.) Recognoscirt er es, und erkennt er es für seine Handschrift, so ist er zu condemniren, und auch die Execution gegen ihn zu verhängen. Eben deßwegen, weil die Probatio hier sogleich bey der Hand ist, bedarf es keiner Weitläuftigkeit bey dem Proceß, sondern man sagt, es könne dabey de simplici et plano verfahren werden, denn der Richter sieht nur das Instrumentum an, ob es publicum oder privatum ist. Ist es publicum, also schon für sich beweißkräftig, so kann er ihn gleich zur Bezahlung anhalten. Diffitirt er aber seine Hand, so muß er absolvirt werden, weil der Beweiß omnium Capitum Libelli auf diese beygelegte Documenta gegründet ist. Erscheint der Reus nicht, so wird er nachmals sub poena confessi et recogniti (das Chirographum für seine Hand erkannt zu haben) citirt, und erscheint er darauf noch nicht, so wird er darauf condemnirt, und die Execution vorgenommen. Nach dem neuesten Reichsabschiede wird statt der Cita-

tion Mandatum sine clausula de solvendo gesucht, auch keine Frist zur Recognition angesetzt, ausser die Schrift wird vom Beklagten in Zweifel gezogen. Da wird gleich durch das erste Mandat die Bezahlung anbefohlen, und kann Reus wider die Hand etwas excipiren, so setzt der Richter einen Termin zur Recognition an. Wenn er eidlich diffitirt, ist der Proceß aus, gesteht er es aber, so ist gleich die Execution da.

§. 4.

Unterdessen kann einer seine Hand recognosciren, die Recognition aber benimmt ihm seine Einreden noch nicht. Daher kann er doch noch Exceptiones peremtorias beybringen, wenn er sie nur sogleich beweisen kann, denn sonst, wenn sie nicht so beschaffen, daß sie in continenti liquidabiles sind, so wäre es unbillig, durch das Illiquidum das Liquidum aufzuhalten. Titius recognoscirt zwar das Document für richtig, er opponirt aber dabey Exceptionem non numeratae pecuniae intra biennium, so kann er bitten, zu erkennen, daß Kläger die Zahlung zu erweisen schuldig sey. Wenn demnach der Reus seine Hand recognoscirt, aber Exceptiones altioris indaginis vorbringt, so hat ihn der Richter damit in die Reconvention zu verweisen, und heißt es: Solve et repete dein, reconventione nempe, und geht also doch die Execution für sich. Man sagt aber, daß in continenti Exceptio peremtoria erwiesen sey, wenn sie innerhalb der Beweisfrist erwiesen werden kann. Denn es muß doch ad probandam Exceptionem ein Terminus probatorius angesetzt werden, und wenn innerhalb dieser Frist erwiesen werden kann, so sagt man, daß sie in continenti erwiesen worden sey.

§. 5.

Es sind nun aber alle peremtorische Exceptiones hier zuzulassen, wodurch der Contrakt übern Haufen geworfen oder klar wird, daß ihm ein Genügen gethan worden ist. Dahin gehört, was die erste Art anbetrift, Exceptio simulationis, usurariae pravitatis, Senatus-Consulti Macedoniani et Vellejani. Das sind lauter Exceptiones, wodurch der Contrakt übern Haufen geworfen werden kann, wohin auch Exceptio non secuti implementi seu non adimpleti Contractus, Exceptio erroris Calculi gehört. Hingegen daß der Contrakt erfüllt worden ist, erhellt ex Exceptione Compensationis et Solutionis. Daher ist klar, daß auch diese Exceptiones in ipso Processu executivo opponirt werden können, wenn sie nur in continenti erwiesen werden.

§. 6.

§. 6.

Der Beweis dieser Exceptionen in continenti muß per Instrumenta liquida geschehen. Denn durch diese kann man eilend beweisen, weil sogleich daraus erhellet, quid, quale, quantum, quo tempore et ex quacunque Causa debeatur. Man opponirt Exceptionem Compensationis in ipsa executione, und um sein Jus compensandi oder das Mutuum debitum zu erweisen, bringt man eine solche Obligation bey, worinn die Causa debendi klar und alles vorhin angeführte enthalten, worinn auch sonst kein Mangel zu finden ist, so ist in continenti Compensatio erwiesen. Wenn man nun inner der Beweisfrist auch Zeugen abhören lassen kann, und zwar so, daß ihre Aussage die Sache gleich klar macht, so hindert nichts, warum man nicht auch in Processu executivo seine Exceptiones durch Zeugen sollte beweisen können. Gewöhnlich aber geschiehet es nicht, weil der Beweis durch Zeugen gemeiniglich weitläuftig ist. Denn wenn dadurch Beweiß geführt wird, so kann gar viel an der Person der Zeugen ausgesetzt werden, und manchmal ein eigener Proceß darüber entstehen, so daß es oft sehr lange dauert, bis ein Interlocut, ob Zeugen zuzulassen seyen, in der Sache ergeht. Am gewöhnlichsten also ist, daß man bey dem Processu executivo seine Exceptiones per Instrumenta liquida beweiset. Es hat gleiche Ursache. Denn man klagt executive, wenn man seine Klage auf klare Briefe und Siegel gründet, mithin kann man auch seine Exception nicht anders, als durch klare Briefe und Siegel beweisen. Ausser Sachsen gehet auch gar wohl an, durch Eidesdelation bey diesem Processe Beweise zu führen. Denn es heißt ja selbst in der Schrift: Der Eid ist ein Ende alles Haders. Dadurch kann aber die Exception geschwind ausgemacht werden, z. B. Exceptio Compensationis. Wenn denn der Debitor das Mutuum Debitum läugnet, so kann man es ihm geschwind auf einen Eid geben. Kann er nicht schwören, so ist das Debitum pro liquido zu halten, schwört er aber, so ist es nicht nur pro illiquido, sondern pro non contracto zu halten, mithin ist kein Grund da, warum man nicht auch hier super Exceptionibus einen Eid sollte deferiren können, wodurch sie in continenti liquidae werden. Allein in Sachsen hat man gemeynt, weil es heisse, es solle der Processus executivus auf klare Briefe und Siegel gegründet werden, könne sonst nichts, als klare Briefe und Siegel zugelassen werden, wenn einer seine Exceptiones erweisen wolle.

Viertes Buch.

Tit. XIX.

De Processu secundae Instantiae.

§. 1.

Wenn eine Sentenz gefällt worden, so ist sie manchmal entweder injusta oder iniqua. Injusta heißt Sententia, wenn sie nicht nach den Rechten, sondern denselben zuwider ertheilet worden ist. Iniqua heißt sie, wenn sie zwar nach den Rechten, aber gegen die Billigkeit gefällt worden ist. Im erstern Falle wird sie ex capite nullitatis angefochten, z. B. wenn nicht alle Solennitäten in Processen beobachtet worden sind. Im andern Falle aber wird davon appellirt. *Querela nullitatis* oder die Nullitätsklage heißt diejenige, wenn man den Richter bittet, daß er eine gefällte Sentenz für null und nichtig erklären oder kassiren möge, welche dann per modum Actionis et per modum Exceptionis in die Gerichte gebracht werden kann, per modum Exceptionis, wenn man von einem re judicata belangt wird, und Nullitäten, die bey dem Processe begangen seyn sollen, vorschützen will. Es setzt also diese Querela nullitatis

§. 2.

Nullitates voraus, deren es zweyerley giebt, denn sie sind vel *sanabiles*, vel *insanabiles*. Insanabiles heissen diejenigen, wenn circa Substantialia bey dem Processu etwas versehen worden, z. B. wenn Sententia gegen einen ergangen, der nicht gehöret worden ist. Wenn gar kein Reus da gewesen, indem nämlich der Procurator sich nicht durch eine genugsame Vollmacht legitimiren können, und er ist doch zugelassen worden, so ist die Sententia wieder wegen des Mangels einer zum Gerichte nothwendigen Person, dergleichen der Reus ist, null, und zwar heißt es Nullitas insanabilis. Allein es giebt auch Solennia beym Processe, die zwar ebenmäßig zu beobachten, aber nicht absolute nöthig sind. Unterdessen, weil sie doch nicht vorgeschrieben worden sind, als aus sehr triftigen Gründen, so müssen sie gleichfalls beobachtet werden, und solchergestalt, wenn sich auch darinn ein Mangel findet, ist es abermal eine Nullität. Dieser Defectus in Solennitatibus aber heißt Nullitas sanabilis.

Es

Es gehört nicht weniger ad Substantialia, daß das eingeführte Recht bey Abfassung der Urthel beobachtet werde. Daher ist eine Sentenz, die gegen die offenbaren Rechte läuft, dergestalt nulla, daß die Nullitas insanabilis ist.

§. 3.

Nun sagt Struv, Remedia Nullitatis werden nach dem gemeinen Recht erst in dreyßig Jahren verjährt. Das versteht sich de Jure civili. Nach dem Recessu Imperii novissimo de Anno 1654 hingegen ist es bloß auf Nullitates insanabiles restringirt worden, wenn nämlich etwas in Substantialibus versehen worden, da geht es an, daß man die Sentenz dreyßig Jahre lang anfechten kann, und darf sie nicht intra Decendium oder in zehen Tagen anfechten. Denn wenn es in Jure heißt, es stehe einem ein Remedium Juris in perpetuum zu, so ist allemal nur eine Zeit von dreyßig Jahren zu verstehen, das heißt perpetuum in Jure. Wenn hingegen die Sentenz nur Nullitate sanabili laborirt, z. B. wenn man in Solennibus etwas versehen, z. Ex. keine solennis Litis Contestatio geschehen, so ist intra Decendium die Sentenz anzufechten, wenn man dieses Recht anders nicht versäumen soll. Das rührt davon her, weil die Nullität grösser ist, wenn in Substantialibus etwas versehen worden, als nur in Solennitatibus. Da wird einer doch mehr lädirt, wenn nämlich in Substantialibus ein Mangel vorhanden, als wenn nur in Solennitatibus etwas versehen worden, mithin kann er sich in dem einen Fall noch eher beschweren, als in dem andern. Solchemnach hat es Grund, daß man die Querel noch weiter extendirt hat.

§. 4.

Nun muß eine Beschädigung, die ihn ohne seine Schuld trift, von einem jeden abgewandt werden. Diejenige Läsion, die einem per Sententiam nullam widerfährt, ist nun eine solche, die einen ohne sein Verschulden, bloß facto Judicis, trift, und also muß ein jeder sich gegen diese Laesionem Sententia nulla illatam schützen können. Es ist auch selbst in dem Fall der Interveniens dabey interessirt. Denn eben der heißt Interveniens, der ein Interesse bey dem Proceß hat, und also gravirt ihn ja die Sentenz mit, wenn sie nulla ist. Den Gravatis aber per Sententiam nullam ist das Remedium Nullitatis vergönnt, und daher haben die Intervenientes seu tertii, qui intervenire possunt, ebenfalls das Remedium Nullitatis gegen Sententias nullas.

§. 5.

Es steht aber bey einem, ob er lieber die Querel beym Unterrichter, als

beym Oberrichter vorbringen will. Denn es kann seyn, daß der Unterrichter die Nullität erkennt, und die Sentenz von selbst cassirt, z. B. wenn er erkennt, daß die Urthel auf falsa Instrumenta gebauet ist, kann er sie selbst cassiren. Denn er kann ja nichts dafür, daß falsche Instrumenta producirt worden sind, deren Unächtheit nicht offenbar gewesen ist. Da ist also nicht nöthig, daß man zum Oberrichter geht. Wenn hingegen dadurch, daß die Sententia ex Capite Nullitatis angefochten wird, der Unterrichter, der die Sentenz gefällt hat, belangt werden könnte, oder wohl gar propter Sententiam nullam verdächtig ist, so ist es freylich am besten, daß der beschwerte Theil sogleich zum Oberrichter sich wendet, und allda über Sententiam nullam, oder über die Nullität beym Proceß sich beschwert und bittet, Sententiam nullam eines Unterrichters zu cassiren, und den Proceß von neuem zu eröffnen.

§. 6.

Allein es muß Nullitas sogleich erwiesen werden, wenn durch diese Querel die Execution gehindert werden soll. Denn wenn Sententia gefällt worden, und der Richter, weil ihr kein Genüge geschiehet, dem Reo mit der Execution drohet, so kann der Reus noch gegen die Execution einkommen, und Sententiam querela Nullitatis anfechten, denn die Execution kann nicht anders erkannt worden seyn, als wo das Debitum auf Seiten des Actoris liquid war. Wenn nun einer gegen die Urthel wieder Nullitäten vorschützt, so kann, wenn diese nicht liquid sind, das Liquidum per illiquidum nicht aufgehalten werden. Und daher gehet doch die Execution fort, falls die Nullitäten von grossen Weitläuftigkeiten oder altioris indaginis sind, z. B. wenn er sagt, er wäre nicht gehört worden, und er ist doch genugsam gehört, wenn die Rechte, welchen er die Urthel für entgegenstehend erachtet, sehr ungewiß sind. Es muß nachher die Sentenz angefochten, oder die Nullitätsklage besonders vorgenommen werden, nachdem Sententia durch die Execution würklich vollstreckt worden. Wenn aber die querela Nullitatis cum remedio Appellationis cumuliret wird, so muß man intra Decendium praecise die Nullitätsklage interponiren, weil innerhalb zehen Tagen die Appellation interponirt werden muß, wo man nicht dieses heilsamen Remedii Appellationis verlustig seyn will. Deswegen heißt eben dieses Decendium fatale, denn es ist einem sehr fatal, wenn man es vernachläßigt, weil man sich nachher nicht mehr gegen eine solche Sentenz helfen kann, wodurch man auch durch Nullitäten beschwert worden ist. Da wird aber Querela Nullitatis nur incidenter, nicht aber principaliter eingeführt, und in den Schriften, die in der Instantia Appellationis gewechselt werden, werden zugleich die Nullitäten ausgeführt.

geführt. Denn es geht gar wohl an, daß man eine Sentenz als ungerecht angeben, zugleich aber auf allen Fall, wenn sie den Rechten nicht zuwider erkannt werden sollte, als iniquam, d. i. gegen alle Billigkeit anfechten kann. Folglich geht es auch an, Querelam Nullitatis und Appellationis zugleich in Einer Schrift vorzutragen, indem, wenn Nullitas nicht sollte erwiesen werden können, man doch über Iniquitatem Sententiae klagt, und also appellirt. Denn bisweilen ist eine Urthel wohl nach dem Recht, aber nicht nach der Billigkeit ertheilt. Es erhellt aus der Querela Nullitatis, daß es Remedia suspensiva giebt, wodurch nämlich die Execution suspendirt werden kann. Denn wenn die Querela Nullitatis erhoben worden ist, so wird dadurch die Execution suspendirt.

§. 7.

Ausser diesem Remedio suspensivo giebt es auch ein Remedium *Leuterationis*. Es ist zwar dieses Remedium hauptsächlich in Sachsen gebräuchlich, allein ausser Sachsen ist es doch auch in verschiedenen Orten eingeführt, und daher nöthig, daß man erklärt, was Leuteratio ist. Man kann leicht Acten in Leuterungssachen bekommen, da muß man aber auch verstehen, was Leuteratio ist, besonders da es der Sachen eine schwere Menge giebt, wie denn auch in Leuterungssachen gar oft Acten verschickt werden, und da heißts auch in Rubro Sententiae: **In Leuterungssachen u. s. w.** Derjenige nun, welcher leutert, wird Leuterans, der hingegen, gegen welchen die Leuterung interponirt wird, Leuteratus genannt. Es hat dieses Remedium seinen Namen von **Erläuterung**, denn es ist dasjenige, wo man einen Richter bittet, Beschwerden, die man durch die Urthel erlitten, zu erläutern, damit sie wegfallen. Dieses Remedium wird also bey eben dem Richter gebraucht, von welchem die Urthel gesprochen worden, und eben dadurch von der Appellation unterschieden, denn wie wir hernach sehen werden, geht die Appellation von dem Unterrichter an den Oberrichter, Leuteratio aber geht vom nämlichen an den nämlichen Richter. Und ist denn auch hier wieder ein gewisser Termin, binnen welchen die Leuteratio interponirt werden muß, welcher das Decendium ist. Nämlich binnen zehen Tagen, wenn man durch eine Urthel beschwert worden ist, muß man die Leuterungsschrift eingeben, und die Beschwerden mit melden. Diese Frist läuft auch dem, der von der Urthel nichts weiß, in sofern er zu Anhörung derselben vorgeladen, und er sonst durch keine rechtmäßige Hinderniß abgehalten worden ist. Denn rechtmäßige Verhinderung steht dem Ablauf dieser Frist im Weg. Hierauf werden einem jeden von den Partheyen zwey Sätze erlaubt, wenn schriftlich verfahren wird. Sollte mündlich

lich verfahren werden, so werden einer jeden Parthey drey Tage, ihre Beschwerden vorzubringen und darauf zu antworten, vergönnt. Manchmal aber will der Leuterat sich gar nicht auf die Gravamina einlassen, wenn nämlich die Sentenz klar genug ist, und also der Richter leicht einsehen kann, daß die Leuteration, nur um die Sache zu verzögern, eingewandt worden ist. Alsdann submittirt er sogleich ad Acta priora, denn die Acta priora geben von selbst, daß die Gravamina bloß erzwungen und erdichtet worden, und die Sentenz selbst, oder die Zeugen erläutern also klar, daß die Sentenz anders nicht gegeben werden können, als sie gegeben worden, und also keine reformatoria, sondern confirmatoria ergehen müsse. Wie es nun solchergestalt auf das praejudicium des Leuterati ankommt, so steht es bey ihm, ob er von neuem sich auf die Gravamina vernehmen lassen, oder simpliciter ad Acta priora submittiren will. Ein neuer Beweiß wird nicht angenommen, sondern durch die vorigen Acten wird die Urthel erläutert, und Leuterans läßt am klügsten auswärts sprechen.

§. 8.

Nun kann es geschehen, daß Leuterans und Leuteratus nicht erscheinen, denn es ergehet auf die eingewandte Leuteration Citatio an den Leuteratum, wenn nämlich die Leuterung angenommen worden, daß er erscheinen und darauf sich einlassen soll. Wenn er nun nicht erscheint, noch sich auf die Leuterungsschrift einlassen will, so ist es eine Contumacia, die coercirt werden muß. Diese Contumacia wird nun dadurch coercirt, daß er nochmals citirt wird, unter der Bedrohung, daß im Entstehunsfall die Gravamina für erheblich angenommen werden, und also gegen ihn gesprochen werden solle. Bleibt er aus, so wird gegen ihn erkannt. Nicht aber allein der Leuterat kann eine Contumaciam begehen, sondern auch der Leuterant. Denn wenn er die Leuteration, blos um die Sache zu verzögern, eingewandt hat, so ist ihm daran gelegen, daß auch die Leuteration selbst wieder lang daure. Deswegen kann es leicht geschehen, daß, wenn ein Termin angesetzt ist, an welchem der Leuterat erscheinen soll, der Leuterant ausbleibt, besonders wenn er seine Rechtfertigung beybringen und seine Gravamina deduciren soll. Gleichwie nun des Leuterati Contumacia coercirt wird, so muß auch des Leuteranten Contumacia coercirt werden. Und das geschiehet denn, indem die Leuteratio pro deserta erklärt, und der Leuterans in die Kosten verurtheilt wird.

§. 9.

Leuteratio Leuterationis hat nicht statt. Ich kann nicht zum andern-

dernmal um Leuterung bitten. Die Oberleuterung ist nur in solchen Fällen zugelassen, wo man nicht weiter appelliren kann, oder will. Wenn nämlich in Instantia Leuterationis Sententia ergangen, wodurch man gravirt worden, und man will noch einmal bitten, dieselbe zu erläutern, damit die Gravamina wegfallen, so heißt das Oberleuterung. In Sachsen z. B. stehen die Edelleute unmittelbar unter dem Oberhofgerichte, und können nicht appelliren, daher ist ihnen die Oberleuterung zugelassen. In der That ist dieß Leuteratio Leuterationis, die sonst verbothen, hier aber bloß per modum exceptionis zugelassen ist, oder wo einer unter vorbehaltener Oberleuterung auf die Appellation Verzicht gethan hat. Sonst müßte man in infinitum fortgehen, wenn man gegen eine bereits ertheilte Leuterung immer Leuteration zulassen wollte, besonders da dergleichen Leuterationes Leuterationum meistens bloß vorgenommen werden, um Sachen zu verzögern, die nicht gerecht sind, und die Execution zu suspendiren, oder manchmal auch, um einen Richter zu bestechen, damit er die bereits ertheilte Sentenz wieder reformiren oder cassiren möge.

§. 10.

An andern Orten ist statt der Leuteration die Supplication eingeführt. Remedium *Supplicationis* heißt dasjenige, wodurch man den Richter bittet, die gefällte beschwerende Urthel wieder aufzuheben, und also auch dadurch die Gravamina zugleich aus dem Weg zu räumen. Es wird also dieses Remedium wieder bey eben dem Richter, der die Sentenz gefällt hat, eingewandt, und ist demnach in denen Fällen wieder nöthig, wo keine Appellation statt findet, wo wenigstens keine Summa appellabilis vorhanden ist. Denn manchmal ist zwar bey einem Gericht die Appellation erlaubt, hingegen muß doch eine Summa appellabilis da seyn. Wenn also die Summe, worüber der Proceß geführt wird, nicht appellabilis, d. i. nicht so groß ist, als in der Proceßordnung angesetzt ist, z. B. zwey oder drey hundert Rthlr., und es ergeht in der Sache eine Sentenz, so kann man davon nicht appelliren. Weil man aber doch dadurch beschwert seyn kann, so ist in diesem Fall statt der Appellation noch bey eben dem Richter das Remedium Supplicationis eingeführt worden, so daß man ihn bitten kann, die Acten noch einmal durchzusehen, und dabey dasjenige zu bedenken, was man wegen der Grauaminum, die man dadurch leidet, angeführt habe, und also die Sentenz wieder aufzuheben. Wie nun dieses Remedium ausser Sachsen statt der Leuteration gebräuchlich ist, so findet da, wo keine Leuteratio statt hat, Supplicatio statt. Im Braunschweig-Wolfenbüttelischen ist statt der Leuteration das Remedium Supplicationis eingeführt. Es kömmt aber in Ansehung der Beschaffenheit mit derselben überein.

ein. Es muß binnen zehen Tagen interponirt werden, hat Effectum suspensivum, und wird an keinen andern Richter gerichtet.

§. 11.

Restitutio in Integrum heißt dasjenige Hülfsmittel, welches man gegen Urthel, die ohne Jemands Verschulden rechtskräftig geworden, aber sehr nachtheilig sind, erhalten. So kann durch Nachläßigkeit eines Vormünders, eines Syndici, einer Kirche, eine gegen sie gefällte Sentenz die Kraft Rechtens erlangen. Wenn sodann die Execution verhängt werden wollte, so geht es an, daß die Minderjährigen und Kirchen sich contra rem judicatam in Integrum restituiren lassen. Man sieht aber leicht, daß nicht nur die Minores und die ihnen sonst gleichzustellenden Kirchen Restitutionem in Integrum contra rem judicatam bitten können, sondern auch Majores, die nämlich aus einer rechtmäßigen Ursache abwesend gewesen und keinen Procuratorem haben setzen können. Wenn dennoch gegen sie gesprochen worden, und intra Decendium nicht von dem Spruch hat appellirt werden können, so können sie sich in Integrum contra rem judicatam restituiren lassen. Diese Restitutio in Integrum hat dann den Effect, daß ihnen das Beneficium Appellationis wieder hergestellet wird, das sie sonst, weil das fatale Decendium verflossen war, verloren hätten. Man hat aber sonst in manchen Fällen bey dem Remedio Restitutionis in Integrum auch noch eine andere Absicht, daß man nämlich dadurch erhalten will, daß ex novis Causalibus die Sache noch einmal soll untersucht werden, weswegen sie insonderheit bey der Kammer gebraucht wird. Wenn einer nämlich ganz neue Documenta erhalten hat, seine Sache zu unterstützen, so kann er bey der Kammer um die Restitutionem in Integrum Ansuchung thun, und bitten, daß er gegen die Urthel noch einmal zu weiterm Verfahren admittirt werde, um die Sache ex istis novis Causalibus, z. B. Documentis, allda noch einmal zu deduciren, und also zu versuchen, ob nicht eine Aufhebung der ersten Urthel zu erlangen wäre. Dieses sind nun die Hülfsmittel vor eben demselben Richter gegen die Urthel. Sie sind freylich nicht allzuvortheilhaft, wenigstens so vortheilhaft nicht, als das Beneficium Appellationis. Denn wenn ein Richter einmal eine Sentenz ausgesprochen hat, so will er auch nicht leicht geirrt haben, und es geschieht also selten, daß er seine eigene Sentenz wieder aufhebt. Unterdessen kann es doch seyn, daß ein Richter so billig ist, in sich selbst geht, und sich vorstellen läßt, daß wegen der angebrachten Gründe dem Gravato oder dem, gegen welchen die Sentenz gesprochen worden, zuviel geschehen sey, und daher kann es manchmal geschehen, daß diese Remedia suspensiva etwas würken, und daß man eine Reformatoriam da-

durch

durch auswürket. Es ist aber doch etwas seltenes. Leichter ist es, wenn die Acten und die ganze Sache noch einmal von einem andern Richter durchgesehen werden. Denn der kann sie mit ganz andern Augen ansehen, da der erstere Richter manchmal schon mit vielen Vorurtheilen für die Sache eingenommen ist. Besonders ist dieß noch etwas sehr beschwerliches bey diesen Remediis, daß man keinen neuen Beweis führen darf, sondern bloß diejenigen Umstände, die in Actis prioribus bereits enthalten sind, dem Richter der nämlichen Instanz nur vorhalten, und ihn von neuem darauf führen darf, da man hingegen in Instantia Appellationis einen neuen Beweiß beybringen kann.

§. 12.

Solchemnach fragt sich, was denn Appellatio sey? Antw. Es ist dasjenige Remedium Juris, wodurch man sich bey einem Oberrichter gegen die Beschwerden, die einem durch das Urthel eines Unterrichters zugefügt worden, Hülfe verschaffen kann. Daher erfordert die Appellation allemal einen Unter- und Oberrichter. Der Oberrichter kann nun auch verschieden, und einer immer über den andern seyn, daß also die Instanzen vervielfältigt seyn können. So kann zu Marburg von dem Oberschultheißen an die Regierung, als das erste Obergericht, von der Regierung an das Oberappellationsgericht, als das zweyte Obergericht, nach Kassel appellirt werden, und das Beneficium Appellationis ist also freylich eine sehr heilsame Rechtswohlthalt, und als eine Art der Vertheidigung anzusehen. Dadurch wird verhindert, daß die erste Urthel nicht rechtskräftig wird, so wie hingegen dadurch die Sache an ein anderes und zwar höheres Gericht gebracht wird. Denn manchmal ist der Unterrichter partheyisch, da kann also in Instantia Appellationis die von ihm zugefügte Beschwerde vom Oberrichter wieder gehoben werden, weil der letztere nicht partheyisch ist. Um eben deswillen ist bey der Leuteration eingeführt, daß, weil nicht leicht geschieht, daß ein Richter seine Sentenz reformiren wird, indem er dabey interessirt ist, daß sie bestehe, damit nicht jedermann sehe, daß er sich geirrt habe, man um die Versendung bittet, daß also nicht der Richter selbst spricht, sondern ein unpartheyischer Auswärtiger. Aus eben dem Grunde nun sind die Appellationes eingeführt worden. Denn wenn auch gleich ein Richter an einem Orte etwa in einer Sache gegen die Personen, die an selbigem Orte sind, welche er kennt, und gegen die er manche Verhältnisse hat, partheyisch seyn sollte, so fällt doch alles das bey dem Oberrichter, der zum öftern weit ausser einem solchen Orte ist, und also kein solches Ansehen der Person hat, sondern mit ungeblendeten Augen die Sache ansieht, weg. Unterdessen kann man freylich auch durch die Appellationssachen verzögert werden,

denn

denn es ist bekannt, daß manche bloß appelliren, um in dem Besitz der Sache zu verbleiben, wenn sie gleich wissen, daß sie eine ungerechte Sache haben. Es kann nun ein jeder appelliren, der beschwert ist, ob er gleich in der Urthel nicht ausdrücklich verurtheilt ist, in sofern die Urthel auf ihn Einfluß hat und er dadurch beschwert wird. So appellirt z. B. der Verkäufer, wenn der Käufer, der Bürge, wenn der Schuldner verurtheilt worden ist. Appellirt von mehrern Litisconsorten Einer, so gilt das auch den übrigen; unterläßt er es aber, so schadet es den übrigen nicht.

Es ist Streit unter den Rechtsgelehrten, ob, wenn die Bürgen sich verschrieben zu haften als Selbstschuldner, Renunciatio tacita das Beneficium Excussionis ausschliesse? Hegt der Richter contrariam Sententiam, und es appellirt nur Einer, so kömmt es allen andern zu statten. Mithin hat man hier darauf nicht zu sehen, ob die Sache theilbar oder untheilbar ist, sondern es ist hier blos die Rede von der Urthel der ersten Instanz, und diese ist jederzeit untheilbar. Stryck de communione Appellationis, wo er auch c. 4. de communione Appellationis ratione tertii ex Instituto handelt. Textor de Benef. adhaer. appellat.

§. 13.

Vermöge dessen, was wir oben vom Unterschied inter sententiam interlocutoriam et definitivam gehört haben, ist hier zu bemerken, daß man nach dem römischen Rechte von der Sententia interlocutoria nicht appelliren kann, ausser sie füge einem einen unersetzlichen Schaden zu; nach dem kanonischen Rechte aber gilt das Appelliren von jeder interlocutoria. In Praxi führen wir mehrentheils den Proceß nach dem kanonischen Rechte, jedoch ist es hier nicht gut. Das bürgerliche Recht ist hier weit vernünftiger, es würde der Proceß eher zu Ende gebracht, wenn man nur von der Sententia definitiva appelliren könnte. Der Gerichtsbrauch ist verschieden. Im Brandenburgschen, Magdeburgschen, Pommerschen, verstattet man keine Appellation von der Sententia Interlocutoria, aber wohl in Sachsen. Nachdem aber darauf hat gedacht werden müssen, die Streitsucht bey Appellationibus zu verhüten, wie Hugo in Consultatione de Abusu Appellationum tollendo mit mehrerm gezeigt hat, so hat in Sachen, die schleunig abgethan werden müssen, keine Appellation verstattet werden können. Dergleichen Sachen aber, die schleunig abgethan werden müssen, sind nun die Causae Possessorii Summariissimi, wo es zu den Waffen kommen könnte. Wenn da ein Urthel ergeht, so findet weiter keine Appellation statt, sonst könnte Mord und Todschlag

darü-

darüber entstehen. Und so sind auch die Causae criminales beschaffen, daß man da keine Appellation verstattet, nämlich an die höchsten Reichsgerichte, ausser wo eine Nullitas circa Processum vorgegangen wäre. Wenn nämlich der Processus criminalis nicht so, wie er vorgeschrieben, vorgenommen worden, sondern Nullitäten im Proceß vorgegangen, z. B. keine Vertheidigung verstattet werden wollen, da geht es gar wohl an, daß der Inquisit, wenn er condemnirt wird, an die Reichsgerichte appellirt. Sonst aber geht es nicht an, weil die Kosten allzugroß sind, die Sachen dadurch doch nur verzögert würden, und es gleichwohl endlich zur Sententia condemnatoria käme, da man doch sonst in Criminalibus auf das allergenaueste verfährt, und keine probationes, als luce meridiana clariores zuläßt, auch nicht zu vermuthen ist, daß ein Richter in peinlichen Fällen so hart verfahren und so gewissenlos seyn werde, daß er nicht auf das genaueste handeln, noch viel weniger einem mit Vorsatz an Haut und Haar gehen werde. Solchemnach und da zumal die Absicht der Strafen erfordert, daß sie bald erkannt werden, wenn das Verbrechen, weswegen die Strafe zuerkannt wird, noch in frischem Andenken ist, so hat in Criminalibus die Appellation nicht verstattet werden können. Damit indessen doch dem Inquisiten nicht zuviel dadurch geschehen möge, daß keine Appellation verstattet wird, so ist dagegen an manchen Orten eingeführt, daß sie ad secundam, ja manchmal ad tertiam Defensionem admittirt werden, wie ich denn bey der Facultät einen gewissen Fall aus dem Hannöverschen in Handen gehabt habe, da einer würklich hinausgeführt worden und auf der Richtstatt gestanden, der Defensor aber die tertiam Admissionem ad Defensionem im Sacke hatte, weswegen alles wieder zurückgehen mußte. Jedoch wurde der Defensor gestraft, daß er alle Solennitäten vorgehen lassen, und so lang mit seiner tertia Defensione gewartet hatte, weil nämlich die Bürger viele Unkosten specificirten, die sie gehabt hätten, und ihre Versäumniß auch ersetzt haben wollten. Er wurde auf eine Zeitlang vom Amte suspendirt, und in eine Geldstrafe condemnirt. Es kann auch ein jeder kommen, der sich des Inquisiten aus Trieb seines Gewissens annehmen will, wenn ihn auch schon der erste Defensor losgegeben, und weiter nichts mit seiner Sache zu thun haben will, wieder um den Abgang der Appellation zu ersetzen, und alle Beschwerden über den Abgang derselben zu benehmen. Ueberhaupt hat man bey Causis criminalibus zu unterscheiden, ob der Anklags- oder aber der Untersuchungsproceß angewandt worden ist. Im letztern Fall hat Appellatio nicht statt, wohl aber im erstern. Eben diese Gründe walten auch in Causis moram non ferentibus vor, dergleichen die Causae Alimentorum sind. Denn wenn diese durch das Appelliren lange verzögert werden könnten, würde manch-

mal der Alimentarius dadurch in das gröste Elend gerathen, und wohl gar darüber Hungers sterben müssen. Eben deswegen aber hat man zu unterscheiden inter alimenta praeterita, praesentia und futura In Ansehung jener hat Appellatio statt, in Ansehung dieser, nämlich der futurorum, nicht anders, als daß zwar die Sache an den Oberrichter kömmt, allein dessen ungeachtet vollstreckt wird, ehe in der Appellationsinstanz gesprochen wird, in sofern für die Alimenten gesprochen worden ist. Gleichergestalt verhält es sich, wenn man ab executione appelliret, die doch ein effectus sententiae ist, mithin von ihr hätte appellirt werden sollen. Qui vult antecedens, velit etiam consequens necesse est. Warum hat man die Urthel rechtskräftig werden lassen!

§. 14.

Man hat hierbey wohl zu bemerken, daß jede Appellation gewöhnlich einen gedoppelten effectum hat, suspensivum und devolutivum, oder daß 1) die gesprochene Urthel nicht rechtskräftig wird, sondern daß man erst *sieht*, wie es in der Appellationsinstanz ablaufe, daß 2) die Sache von dem Unterrichter weggenommen, und an den Oberrichter gebracht wird. Wie nun in Praxi inter possessorium ordinarium et summarium ein Unterschied gemacht wird, so kann zwar in jenem Appellatio statt haben, in diesem aber nicht anders, als quoad effectum devolutivum. Ueberhaupt in Causis, quae dilationem recipiunt, z. B. causa annonaria, ne testamentum recipiatur, ist zu verstehen: quoad effectum suspensivum, denn quoad devolutivum hat auch in diesem Appellatio statt. Man rechnet auch hieher alle Policeysachen, deren Begrif sehr schwer zu bestimmen ist. Alle Verfügungen, die aufs allgemeine Beste und nicht auf die Befugnisse Einzelner gehen, müssen dahin gerechnet werden. Sobald aber Jus singulorum eintritt, wird es eine Justizsache. Dahin gehören z. B. Anschlag des Werths der Nahrungsmittel, Ordnung und Innung der Handwerker. (Conf. Stryck in Diss. de Causis ad Cameram non appellabilibus.) Man sagt überhaupt, Appellatio habe in allen Sachen statt, quae specialiter non exceptae, dergleichen die bisher erzählten sind. Die Ordnung, welche bey der Appellation beobachtet werden muß, besteht darinn, daß die Appellation nicht per saltum, sondern per gradum geschehen, das ist, daß kein Richter dabey übergangen werden muß, bey dem sie vor dem andern hätte angebracht werden sollen. So geht es z. B. nicht an, daß einer unmittelbar vom Oberschultheissen zu Marburg nach Kassel gehen, und allda appelliren kann, denn das wäre eine Appellatio per Saltum. Er muß zu Marburg an die Regierung gehen, das ist noch ein näheres

res Gericht, ob es gleich dem Oberappellationsgerichte zu Kassel untergeordnet ist. In diesem geht die Leuterung von der Appellation ab, daß sie nämlich beym alten bleibt, und nicht ad superiorem geht. Man kann es auch per pactum ausmachen, daß an einen nicht höhern appellirt werde. Der Schöppenstuhl in Magdeburg war so berühmt, daß man aus Polen dahin appellirte, und es war doch nicht Judicium superius Er hatte zwar den Polen nichts zu befehlen, sie meynten aber, weil da die Justiz am besten administrirt würde, so müßten sie dahin appelliren. In Ansehung des Kammergerichts und Reichshofraths giebts keine Appellation, weder von einem ans andere, noch von beyden an ein anderes, weil kein Judex superior da ist. Nach dem kanonischen Rechte ist zwar mit Vorbeygehung der Judicum intermediorum Appellatio an den Pabst erlaubt, weil er Jurisdictionem concurrentem hat, diese Appellationes aber sind in secularibus überhaupt durch den neuesten Reichsabschied §. 164. gar sehr verbothen.

Es kann aber die Appellatio entweder mündlich oder schriftlich, judicialiter oder extrajudicialiter geschehen. Judicialiter geschieht sie, wenn, indem die Sentenz verlesen oder publicirt wird, in Judicio stante pede appellirt, das ist, ad Judicem superiorem provocirt wird, und man sich also vor dem Judice inferiori nicht scheuet, sondern sogleich, als die Sententia publicirt wird, erklärt, daß man sich dadurch beschwert befinde, und also hiermit wolle appellirt haben, darauf auch um die Apostolos, wie sie genannt werden, bittet. Es kann aber nicht weniger die Appellation extrajudicialiter coram Notario et testibus geschehen, wenn man sich nämlich vor dem Unterrichter oder Oberrichter, der noch einen über sich hat, auch wohl gar einen Richter, der die Sentenz gefällt, die Appellation aber ohne Ursache abgeschlagen hat, scheuet. Da ersucht man einen Notarium, daß er vor zwey Zeugen ein Instrument darüber errichte, daß man durch die Sentenz sich beschwert befinde, und dieser Gravaminum halber appellire. Mithin läßt man es nur denunciiren, man habe appellirt. In einem andern Verstand wird Appellatio in judicialem et extrajudicialem eingetheilt. Wenn einer durch ein Urthel gravirt worden, und deswegen contra gravamen appellirt, so heißt es appellatio *judicialis*; *extrajudicialis*, wenn der Richter nicht durch den Proceß, sondern sonst beschwert, z. Ex. des Vormunds Entschuldigungen verwirft, die doch gesetzmäßig sind, wie denn auch solchergestalt das Gravamen in judiciale et extrajudiciale eingetheilt wird, von welch letzterm Gravamine extrajudiciali Lyncker einen in praxi überhaupt sehr brauchbaren Tractat geschrieben hat. Schlüßlich kommt es noch bey der Appellation auf Summam appellabilem an.

Ueberhaupt ist Summa appellabilis der nicht besonders privilegirten Reichsstände 400 Rthlr. vermöge des Recess. J. N. §. 112. Man hat aber nicht auf Summam Libelli oder auf das, was der Actor begehrt hat, sondern auf Summam Gravaminis oder auf dasjenige zu sehen, was der Richter einem zugesprochen hat. Z. B. Titius hat von Cajus 500 Thlr. gefordert, der Richter aber hat den Beklagten in 300 condemnirt. In diesem Fall kann kein Theil an die höchsten Reichsgerichte appelliren. Der Beklagte nicht, weil er nur zu 300 Thlr. verurtheilt ist; der Kläger nicht, weil ihm 300 Thlr. zugesprochen, und er also nur um 200 Thlr. beschwert zu seyn vermeint. Wenn der Kläger verschiedne Ansprüche an den Beklagten hat, keiner aber von allen Summam appellabilem ausmacht, so kann er die Posten zusammenaddiren, bis Summa appellabilis herauskommt. Es fragt sich, ob in die Summam appellabilem Kapital und Zinse gerechnet werden können? z. B. 350 Rthlr. Kapital und 50 Rthlr. Zinse. Dabey muß man sehen, ob von der Summe oder Hauptsumme im Privilegium gesprochen wird. Dießfalls sind sie nicht mitzurechnen, wohl aber, wenn es von einer Summe überhaupt redet. Ludovici de Summa appellabili.

§. 15.

Weil nun durch die Appellation die Sachen sehr verzögert werden können, so hat man dagegen allerhand Mittel erdacht, wohin insonderheit die Termine gehören, die sowohl, wenn die Appellation eingewandt wird, als auch bey der Introduction, und bey der Justification oder Prosecution beobachtet werden müssen, so daß es also einem nicht frey steht, diese Actus vorzunehmen, wann er will, sondern daß er sie binnen vorgeschriebener Zeit vornehmen muß. Deswegen heissen diese Termine *Fatalia*, weil sie einem sehr fatal sind, wenn man sie verstreichen läßt, und weil man durch sie um all sein Recht, das man sonst hat, kommen kann. Das erste Fatale nun ist das Fatale *interponendae Appellationis*. Tempus oder Fatale interponendae appellationis ist das *Decendium*. Wenn einer nämlich appelliren, und es nicht stante pede et viva voce sogleich, als er die Sentenz gegen sich publiciren hört, thun will, so hat er zehen Tage lang Zeit dazu. Denn mancher bedenkt sich doch noch, ehe er appellirt, indem die Kosten noch immer grösser werden können. Denn verliert er auch in der zwoten Instanz, so hat er noch mehr Kosten, und kann wohl um die Succumbenzgelder kommen. Daher hat man einem Zeit gelassen, sich zu bedenken. Er muß sich doch aber in Zeiten bedenken, und nicht dadurch nur suchen die Sache zu verzögern. Deswegen hat man ihm nur zehen Tage gelassen. Wenn einer dieses Decendium verstreichen

läßt, so kommt er um das heilsame Mittel der Appellation, und man sagt alsdann, daß die Sentenz in die Kraft Rechtens, d. i. in rem judicatam erwachsen seye, und sodann kömmt es zur Execution. Dieses Decendium nun lauft de momento ad momentum, von der Stunde, in welcher die Sentenz publicirt worden ist, bis wieder nach zehen Tagen auf eben die Stunde. Deswegen wird auch die Stunde, wann eine Appellation geschieht, genau registrirt und ad Acta geschrieben, damit sich keiner beschweren und etwas dagegen einwenden kann. Denn was ad Acta geschrieben wird, hat fidem publicam. Sonst muß sich einer, der nach zehen Tagen appelliren und sich mit der Unwissenheit entschuldigen will, durch einen Eid reinigen, daß er es nicht eher erfahren habe. Sogleich aber, als einer die Sentenz weiß, kann er appelliren. Thut er es nicht, so mag er es seiner Nachläßigkeit zuschreiben. Wenn er auch gleich nicht weiß, zu welcher Stunde die Urthel publicirt wird, er ist aber citirt worden und ausgeblieben, so hat er sichs beyzumessen. Er hat es erfahren können, was darinnen gestanden ist. Wenn er den Proceß durch einen Mandatarium geführt hat, und dieser ist nicht erschienen, so präjudicirt es zwar dem Principal, er kann sich aber an den Procuratorem halten. Ist er nicht solvendo, so hat er Restitutionem in integrum, ex clausula generali Praetoria: Si qua mihi etc. Es ist übrigens ganz vernünftig gewesen, und hat zur Abkürzung der Processe gedient, daß man das Decendium von der Stunde bis wieder auf eben die Stunde nach zehen Tagen gerechnet hat. Die Advocaten müssen demnach sehr genau darinn seyn, daß sie nichts versehen, sonst wenn der Advocat etwas versieht, so wird zwar gesprochen, man hat doch aber, wenn man das Versehen des Advocaten erweisen kann, wieder Hülfsmittel dagegen, ob es gleich allemal etwas sehr beschwerliches ist, bis man die Sache wieder in den vorigen Stand bringt. Es machen sich auch die Advocaten verdächtig, wenn sie die Sachen nicht wohl in Acht nehmen, denn eben zu dem Ende halten sie ihre eigene Büchelchen, worein sie die Sentenz schreiben, wann sie publicirt worden, auch die Stunde, damit sie genau ausrechnen können, wie das Fatale läuft. Wenn nun schriftlich und nicht mündlich appellirt wird, so wird eine Schedula Appellationis, d. i. eine Schrift eingegeben, worinn man dem Unterrichter meldet, daß man appellirt habe, und bey der Sentenz sich nicht beruhigen wolle. Es pflegt zwar cum reservatione honoris gesagt zu werden, judicem male judicasse, jedoch ist es keine Injurie, wenn der Appellant ohne Vorbehalt der richterlichen Ehren gesagt hat, der Richter habe übel gesprochen. Es ist allezeit animus defendendi dabey, der den animum injuriandi aufhebt. Binnen der zehen Tage müssen auch Apostoli gebeten werden. Das sind gute und böse Engel, denn die

Refutatorii ſehen manchmal gräßlich aus. Apoſtoli nennt man des Unterrichters Schreiben an den Oberrichter, daß er die Appellation geſchehen laſſe. Daher iſt eigentlich keine Species Apoſtolorum, die man dimiſſoriales nennt, denn alle Apoſtoli ſind Dimiſſorii. Sie haben den Namen der Apoſtolorum von dem griechiſchen Worte Apoſtello, mitto, erhalten. Dieſe Abſchiedsbriefe, wie ſie auf teutſch heiſſen, ſind nichts anders, als ſolche Briefe, wodurch der Judex a quo die Sache, welche von ihm abgethan worden, an den Judicem ad quem oder ſuperiorem ſchicket, wie ſie denn auch ſchriftlich verfertigt werden, damit man dadurch dem Judici ſuperiori erweiſen kann, daß man appellirt habe. Denn wenn der Judex inferior der Appellation nur mündlich deferirte, ſo könnte es bey dem Oberrichter nicht erwieſen werden. Solchemnach heiſſen in der That nur die Zeugniſſe von gehörig eingewandter Appellation Apoſtoli, oder es ſind Zeugen, daß die Appellation geſchehen ſey. Das verſtehen nun die gemeinen Leute nicht, deshalb führt auch Seyfarth in ſeinem deutſchen Reichsproceß einen Fall an, daß er einſt einem Bauren eine Appellation vorgeleſen habe, und als der Bauer gehört, daß darinn etwas vom Apoſtel bitten vorgekommen, habe er zu ihm geſagt: Ach! er möchte doch anſtatt der Apoſtel die Evangeliſten ſich ausbitten, das wäre ja noch beſſer, als die Apoſtel. Es werden dieſe Apoſtoli in *reverentiales* und *refutatorios* eingetheilt. *Refutatorii* heiſſen diejenigen, in welchen die Gravamina, die der Appellant der Urthel halber hat, zugleich, und zwar bald nur überhaupt, bald aber einzeln widerlegt werden, mithin ſind es freylich keine Schutzengel. Denn dadurch kann der Oberrichter leicht voraus eingenommen werden, wenn der Unterrichter die Gravamina ſchon refutirt hat, von welcher refutatione Gravaminum eben dieſe Art der Apoſtel Apoſtoli refutatorii genannt werden. Wenn aber der Richter keine Widerlegung hinzuthut, ſondern der Appellation aus Reſpect gegen den Judicem ſuperiorem deferirt, und atteſtirt, daß die Appellation intra Decendium rite interponirt worden ſey, ſo heiſſen das Apoſtoli *reverentiales*, und um dieſe bittet man dann ſogleich auch innerhalb der zehen Tage in fine Schedulae Appellationis, und nicht in einem beſondern Memorial. Die Formel iſt: Wenn ich denn durch erwehnte Urthel mich gravirt befinde, als will intra Decendium appelliren, und Apoſtolos inſtanter, inſtantius, et inſtantiſſime gebeten haben, nach Clement. 2. de Appellat. Der Superlativus allein iſt nicht genug. Doch iſt man in Sachſen damit zufrieden. Man kann aber ſtatt deſſen nicht ſagen: gehorſam ſchuldigſt, quia dicta Lege praeſcipta forma dat eſſe rei. In der That aber iſt es eine Spitzfindigkeit. Es müſſen aber auch die

Apo-

Apostoli bald ausgelößt werden, wenn der Appellation deferirt wird, damit nicht durch die Appellation und Apostel die Sache verzögert werden möge. Sonst, wenn sie nicht bald ausgelößt werden, kann die Appellatio pro deserta erklärt werden. Macht aber der Richter selbst in Ausfertigung der Apostel einen Aufschub, so ist es dem Appellanti nicht aufzubürden. Man sagt auch, Apostel und Acta primae Instantiae seyen binnen dreyßig Tagen von der ausgesprochenen Urthel an gerechnet zu bitten, zum Beweiß, daß das Decendium mitgerechnet werde. Sonst heißt es: Apostoli petendi sunt intra 30 Dies, qui a die latae Sententiae computantur. Noch giebt es Apostolos *testimoniales*, die der Notarius ertheilt, wenn vor ihm und zween Zeugen eine Appellation eingewandt wird, und er darüber ein Instrument macht; ferner *Conventionales*, welche eine Parthie der andern ertheilt, daß sie sich erkläret, sie wolle appelliren, und es auf den Spruch ankommen lassen. Dimissorios nennt man auch alsdenn, wenn der Richter selber meynt, es sey dem Parti Unrecht geschehen. Man muß aber hier voraussetzen, (um es mit dem, was oben gesagt worden, zu vereinbaren,) daß die Acten verschickt gewesen, und er einer andern Meynung sey, als die Auswärtigen, welche gesprochen haben.

§. 16.

So ist auch nicht genug, daß die Appellation eingewandt worden, sondern es kommt darauf an, daß sie bey dem Oberrichter angebracht und von ihm angenommen wird. Deswegen muß man damit nicht zaudern, sonst kann man auch dadurch den Proceß wieder sehr verzögern. Ob also gleich kein besonderes Fatale introducendae in den gemeinen Rechten eingeführt ist, so pflegt doch der Unterrichter in den Aposteln eine Zeit anzusetzen, binnen welcher die Appellation bey dem Oberrichter introducirt oder eingeführt und ein Zeugniß beygebracht werden muß, daß sie angenommen worden. Das heißt dann Fatale introducendae Appellationis. welches also von dem Unterrichter nach Ermessen bestimmt wird. Es lauft vom Tage der gegebenen Apostel. Ob nun gleich Judex a quo Apostolos refutatorios gegeben haben sollte, so hindert doch das den Oberrichter nicht, die Appellation anzunehmen, und eine Sententiam reformatoriam zu geben. Es thut dieß der Unterrichter nur zu dem Ende, damit der Oberrichter sehen möge, daß er nicht ohne Grund, oder aus Partheylichkeit so gesprochen habe, daß der andere sich darüber gravirt befinde. Er läßt es dem Oberrichter demohngeachtet anheimgestellt, ob er durch diese rationes auch überführt werde, so zu sprechen. Denn überführen ihn die Gründe nicht, so kann der Oberrichter anders erkennen. Unterdessen siehet

man doch, daß der Unterrichter nicht Gewissenlos, sondern nach Gründen, wenn sie auch gleich nicht bündig scheinen sollten, verfahren habe.

§ 17.

Die Introduction der Appellation geschieht auf die Weise, daß eine Supplik eingegeben wird, welches eine Schrift ist, darinn man bittet, die Appellation anzunehmen, folglich erzählt man darinn, daß eine Urthel ergangen, und bringt den Innhalt derselben bey, davon aber habe man appellirt, wie solches die Schedula Appellationis ausweise, die legt man also mit bey, und zwar habe man rite appellirt, wie solches ex Apostolis zu ersehen sey. Daher werden auch die Apostoli oder obbesagte Abschiedsbriefe, die der Unterrichter ertheilt, mit beygefügt. Sodann bittet man, Appellatum zu citiren, und, an den Unterrichter Inhibitoriales et Compulsoriales, d. i. Befehle zu erlassen, daß er während der Appellation nichts in der Sache zum Nachtheil des Appellanten vornehmen möge, wie man sich denn zu allen Solemnibus offerire, z. B. die Succumbenzgelder zu entrichten, ingleichem das Juramentum Calumniae de non frivole appellando abzulegen. Hiernächst übergiebt man Libellum Appellationis et Gravaminum, in welchem Libell 1) eine Facti Species vorausgeschickt, darauf die Urthel beygebracht wird, worauf dann ferner die Gravamina nach der Reihe gesetzt werden, wie man sie denn auch am Rande numerirt, oder die Numern hinsetzt, und alsdann werden sie auch deducirt, damit der Richter sieht, was für ein Fundament sie haben. Endlich bittet man reformatorie, d. i. zu sprechen, daß übel geurthelt, wohl davon appellirt, mithin der Appellant von der Action zu entbinden, oder der Appellat zu bezahlen oder zu leisten schuldig sey, wessen er sich bisher geweigert, denn das letztere ist der Effectus von dem, daß in der ersten Instanz übel gesprochen und wohl appellirt worden, z. Ex. man bittet, einem zum Fideikommiß zu helfen.

§. 18.

Hierauf nun wird die Appellation angenommen, oder nicht. Wird sie angenommen, so wird die Supplik und der Libell nebst den Beylagen dem Appellanten mitgetheilt, und er wird citirt, sich auf die Gravamina in der vorgeschriebenen Frist einzulassen. Wird hingegen die Appellation nicht angenommen, so werden die Acten zurückgeschickt. Die angenommene Appellation muß justificirt werden. Justificatio Appellationis geschieht aber hauptsächlich per Deductionem Gravaminum. Nämlich quoad formalia zeigt Appellans, er habe zu rechter Zeit die Appellation eingewandt und auch eingeführt, in An-

sehung

sehung der Materialium aber zeigt er die Unbilligkeit der erstern Urthel, und die daher entstehende Nothwendigkeit der Abänderung derselben. In den gemeinen Rechten, wie auch bey der Kammer, ist ein gewisser Termin gesetzt, binnen welchen die Appellation justificirt werden muß, und zwar ist im römischen Rechte das Fatale Appellationis justificandae Ein Jahr, oder wenn der Appellant rechtmäßig verhindert war, zwey Jahre. Allein es wird das Fatale justificandae so genau nicht beobachtet, denn obgleich bey der Kammer ein gewisser Termin anberaumt ist, so hat man doch Exempel, daß in der Appellationsinstanz Sachen 100 Jahre gehangen sind, und es ist genug, wenn, nachdem die Appellation introducirt worden, binnen der gesetzlichen oder vom Richter nach Ermessen vorgeschriebenen Fristen die Appellation justificirt wird.

§. 19.

Wenn nun Deductio Gravaminum eingegeben ist, so wird sie dem Appellato mitgetheilt, und derselbe sucht sie zu widerlegen, da es denn ferner wie in der ersten Instanz fortgehet. Läugnet der Appellat, so muß wieder Beweis geführet werden. Man kann auch einen neuen Beweis führen, auch hat die Eidesdelation statt. Dieses Singulare Beneficium ist in L. 4. C. de temp Appellat. und heißt non deducta deducendi, non probata probandi. Sodann geht es wieder nach oberwähnten Sätzen, auch in wohlbestellten Gerichten selten über die Duplik. Wobey noch die Frage ist, ob man nicht auch andere Zeugen über die nämlichen oder gegenseitigen Artikel vorbringen könne? Antw. Das kanonische Recht hat verboten, über eben die Artikel, oder auch andere Zeugen zu produciren, als Anfangs in der ersten Instanz producirt worden sind, und das zwar, weil zu befürchten wäre, daß etwa falsche Zeugen möchten subornirt werden. Allein weil nicht allemal ein Metus Subornationi vorhanden ist, so muß man dafür halten, daß es dem richterlichen Ermessen überlassen worden, ob er für gut befinde, die neuen Zeugen zuzulassen oder nicht. Wenn er die Umstände so findet, daß keine Subornatio zu fürchten ist, die doch die einzige Ursache des Verbots ist, so kann er neue Zeugen zulassen.

§. 20.

Der Effekt der Appellation, wenn sie gehörig eingewandt worden, ist dieser, daß dem Unterrichter die Hände gebunden werden, in der Sache weiter etwas vorzunehmen, so, daß wenn er etwas vornimmt, es als ein Spolium angesehen wird, welches *Attentatum* heißt, daß also hier der Appellans als Spoliatus sogleich restituirt werden muß. Und wenn es denn der Judex infe-

rior zu arg macht, daß er gar keine Vorstellung annehmen will, so kann man gegen ihn bey dem Judice superiore Inhibitoriales auswirken. Ja es ergehen gegen ihn gleich Mandata S. C., wenn auch schon vorher keine Inhibitoriales ergangen sind. Ausserdem ergehen auch Compulsoriales ad edendum Acta. In Churſachsen und im Magdeburgischen müssen die Akten im Original eingeschickt werden, an den Reichshofrath und das Kammergericht werden sie nur in Copia übersandt.

§. 21.

Wenn nun die Appellation interponirt, introducirt, justificirt, und darüber gehandelt worden, so kömmt es zum Spruche in der Appellationsinstanz, da dann Sententia a qua confirmirt oder reformirt wird. Wird sie confirmirt, so ist die Formel: daß in der ersten Instanz wohl gesprochen und übel appellirt sey, sofort die Sache ad Judicem prioris Instantiae zu remittiren sey. Ergeht aber eine Reformatoria, wodurch die Urthel, die in der ersten Instanz gefällt worden, umgeworfen wird, so ist die Formel: daß übel gesprochen und wohl appellirt worden sey. Gleichwie nun, wenn Confirmatoria ergeht, die Acta ad Judicem a quo remittirt und die Sache ihm zur Execution überlassen wird, weil seine Sentenz zu exequiren und es mithin anständig ist, daß er sie selbst exequire, da hingegen, wenn eine Reformatoria erfolgt, es sich nicht reimt, daß sie der Judex a quo exequiren soll, weil er verdächtig ist, und einmal den Appellanten beschwert hat, folglich zu befürchten ist, daß er ihn noch mehr beschweren werde, so exequirt der Oberrichter die Sententiam reformatoriam selbst. Sonst aber, wenn eine Confirmatoria ergangen ist, pflegt manchmal zu geschehen, daß derjenige, der gewonnen hat, um Remissoriales bittet, daß nämlich die Sache nebst den Akten wieder an den Judicem a quo zur Execution zurückgesandt werden möchte.

§. 22.

Was den Modum coërcendi Contumaciam in hac Instantia Appellationis belangt, so ist der gewöhnlichste, daß wenn der Appellat ausbleibt, auf die Gravamina gesprochen wird, denn dadurch wird er genug gestraft, daß die Gravamina für erheblich gehalten werden, und daß also die Sentenz, die er für sich hat, wieder aufgehoben wird. Er wird seiner Exceptionsschrift beraubt, und wenn er wieder nicht erscheint, verliert er hernach auch seine Duplikschrift, und es wird auf die Gravamina erkannt. Wenn hingegen der Appellant contumax seyn sollte, so ist es eine angemessene Strafe, daß die Appellation

pellation pro deserta erklärt wird, denn solchergestalt gewinnt er auch nichts, sondern die Sententia a qua wird exequirt.

§. 23.

Bey der Kammer ist Revisio gebräuchlich, denn von der Kammer kann man nicht appelliren. Um also den Gravatis doch noch einigermassen zu helfen, hat man das Remedium Revisionis eingeführt. Allein sie hat keinen Effectum suspensivum, sondern nur devolutivum, d. i. die Urthel wird doch gegen Caution de restituendo vollzogen. Die Revision bestehet darinn, daß man sich an den Churfürsten von Maynz schriftlich wendet und bittet, die Sache nochmal untersuchen zu lassen, um nämlich den Visitatoribus ordinariis Camerae die Sache zu nochmaliger Untersuchung zu übergeben. Gleichwie aber dieses Remedium die gewöhnlichen Visitationen voraussetzt, diese aber nicht zu Stande gebracht werden können, also ist wohl heut zu Tage dieses Beneficium pro flebili zu halten.

§. 24.

Man muß Formalia in Solennibus, und Materialia in Gravaminibus wohl in Acht nehmen, wenn man Nutzen von den Remediis suspensivis überhaupt haben will, denn wenn man bey beyden etwas versehen hat, so kann man dadurch sachfällig werden. Deßwegen werden bey der Deductione Gravaminum, oder wenn die Deduktionsschrift eingegeben wird, die Formalia darinn auch justificirt. Es wird z. B. angeführt, wenn die Urthel ergangen, daß davon sogleich appellirt oder daß die Appellation intra Decendium eingebracht worden sey. Ausserdem wird erwiesen, daß die übrigen Fatalia gewahrt worden seyen, und das untersucht auch der Appellat, ob etwa etwas in Formalibus versehen worden, denn dadurch allein, daß er sich mit den Formalibus aufhält, und sich nicht viel auf die Materialia einläßt, kann er die Sache eine lange Zeit aufhalten. Allein auf die Materialia kommt alles an, denn wenn auch die Formalia alle wohl gewahret worden, hingegen die Gravamina unerheblich sind, so gewinnt man doch endlich in der Appellationsinstanz nicht. Dabey aber ist auch noch darauf zu sehen, wie es wegen der Unkosten einzurichten ist. Entweder ergeht eine Confirmatoria oder eine Reformatoria. Ergeht die erstere, so wird der Appellant in die Unkosten verurtheilt, wo es nicht auf Punctum Juris controversi angekommen, oder man sonst a Suspicione temerarii litigii befreyt ist. Ist aber eine Reformatoria ergangen, so hat der Appellat die Urthel in Instantia priori für sich, und also

Ursache gehabt, in Instantia ulteriori secunda sich einzulassen. Auf beyden Seiten ist eine gleich wahrscheinliche Sache vorhanden gewesen, folglich werden die Unkosten gegen einander aufgehoben oder compensirt. Der beste, welcher unter den alten Autoren von den Appellationibus geschrieben hat, ist Scaccia.

Viertes Buch.

Tit. XX.

De Executione Sententiae.

§. 1.

Nachdem nun gezeigt worden ist, wie es in einer Rechtssache zur Sentenz kommen kann, so muß man ferner sehen, wie auch die Sentenz zu ihrer Wirkung gebracht werde. Das geschieht durch die Execution. Eine rechtskräftige Urthel muß vollzogen werden, wer sie für sich hat, bittet darum. Daher heißt auch die Execution auf teutsch: die Hülfe, wie schon oben gesehen worden, daß manchmal sub Comminatione Executionis Befehle ergehen, z. B. Mandata de solvendo. Das pflegt man auch im Teutschen zu geben: Bey Vermeidung der Hülfe, und also kann die Sentenz von keinem Richter in die Wirklichkeit gebracht werden, als der die Execution hat. Da ist nun freylich, wie wir oben gesehen haben, nicht immer nöthig, daß eben derjenige, der die Sentenz fällt, auch die Execution haben müsse, als wie wir es im Reiche haben, wo die Kammer zwar die Sentenz fällt, hingegen die Kreisausschreibenden Fürsten derselben durch die Execution ihre Wirkung geben. Wenn von einer Sententia definitiva appellirt und die Appellatio wegen Nichtbeobachtung der Fatalium für desert erklärt worden ist, so wird die Sache allzeit zum Unterrichter zur Execution zurückgesandt. Wenn aber über die Materialia gesprochen worden ist, so steht es in des Oberrichters Belieben, ob er die Sache dem vorigen Richter zurückschicken, oder aber selbst vollstrecken will. Hin und wieder ist jedoch üblich, daß das bestättigte Urthel an den Unterrichter zur Vollstreckung zurückgesandt wird.

§. 2.

§. 2.

Die Execution besteht in einem Zwang, denn wenn die Execution vollstreckt werden soll, zwingt man den widerspenstigen Theil, dasjenige, was in der Urthel enthalten ist, zu befolgen. Wie nun bey Zwangsmitteln allemal dieses zu beobachten ist daß die Remedia leniora den durioribus vorgezogen werden, da man auch ferner keinen Zwang gebraucht, so lange er nicht nöthig ist, sondern nur, wenn es auf das äusserste gekommen ist, also läßt man auch einem, der per Sententiam zur Bezahlung condemnirt worden, gemeiniglich noch 4 Wochen Zeit. Denn mancher hat das Geld nicht baar da liegen, wenn er auch gleich bezahlen will, er schafft es aber doch, wenn man ihm Zeit läßt. Wenn nun die 4 Wochen vorbey sind, so wird noch ein Monitorium an ihn erlassen, dem judicato ein Genügen zu thun, widrigenfalls werde binnen 14 Tagen die Execution erfolgen. Wenn er dann binnen 14 Tagen nicht bezahlt, so geht sodann gleich die Execution vor sich. Wenn hingegen einer gleich prästiren kann, was ihm aufgegeben worden, so wird gleich manus militaris gebraucht. Es ist z. B. einem eine Mühle, worauf er sitzt, aberkannt worden, und er will sie nicht abtreten, so wird er mit Weib und Kindern vi militari herausgechmissen. Wenn es nun aber zur Execution im erstern Falle kommt, so kommt es wieder hauptsächlich darauf an, daß man die Remedia leniora den durioribus vorzieht. Daher greift man erst diejenigen Sachen an, die er am leichtesten entbehren kann, mithin die Mobilia. Reichen aber diese noch nicht zu, so greift man auch nach den Immobilibus, daß der Credito darein immittirt und der Debitor exmittirt wird, worauf der Gläubiger zur Verganthung dieses Pfands fortschretten kann. Aber allemal nimmt man auch dasjenige von Mobilibus, welches der Debitor zuerst entrathen kann. Daher nimmt man zuerst das baare Geld, hernach Gold, Silber, Betten und Kleider weg, ausser was er zu Bedeckung seines Leibes nöthig hat, denn dieses läßt man ihm. So fängt man auch bey den Betten nicht an, wenn noch etwas anders da ist, zuletzt kann es aber doch auch noch an die Betten kommen, ja endlich, wenn auch diese nicht zureichen wollen, kann man selbst den Handwerkszeug angreifen, welches aber allemal das letzte seyn muß. Denn wenn man einem seinen Handwerkszeug wegnimmt, so ist er nicht mehr im Stande, sich zu ernähren. Wenn es aber zu einer förmlichen Ganth gekommen ist, so wird auch darauf nicht gesehen. Endlich kömmt es an die ausstehenden Schulden. Manchmal geschieht es auch, daß andere in bonis Debitoris sitzen, z. B. Pächter, dann besteht die Execution darinn, daß man die Pächter anhält, das Locarium oder die Bestandsabgaben nicht an den

Schuldner, sondern an die Gläubiger zu bezahlen, und die Güter in deren Namen zu besitzen Wenn nicht nach obiger Ordnung verfahren wird, so hat der Schuldner die gerechteste Ursache zur Appellation. Diese Ordnung wird im Churfürstenthume Sachsen nicht so genau beobachtet, sondern des Gläubigers Willkühr überlassen, was er zuerst nehmen will.

§. 3.

Bey verpfändeten Gütern kann es zwar zur Veräusserung kommen, doch aber nicht sogleich, sondern es muß bey derselben vielerley beobachtet werden. Das alles also ist auch hier bey der Execution zu beobachten. Und es ist freylich an dem, daß wenn die Bona oppignorata zureichen, der Gläubiger die Wahl nicht haben kann, ob er lieber in andere Bona eingesetzt werden, als an die Bona oppignorata sich halten will. Denn eben dazu sind ihm die Güter verpfändet worden, daß er sich daran soll halten können, wenn der Schuldner nicht bezahlen wollte. Hat der Gläubiger aber Hypothecam generalem, so kann er sich geben lassen, was er will. Ist sie Specialis, so geht sie in Rem hypothecatam.

§. 4.

Die weggenommene Fahrniß wird versteigert, und die Immobilia werden subhastirt, nach jeder Landesart, da wir denn oben gehört, daß die Subhastation an einigen Orten vermittelst einer brennenden Kerze geschieht, wo sodann manchmal die Güter um die Hälfte ihres Werths weggegeben werden, wenn sich plus Licitantes nicht einfinden wollen. Denn sie müssen doch ausgebracht werden. An andern Orten, wenn sich ein Licitans meldet, so werden nachher wieder 4 Wochen gesetzt, bis keiner mehr kömmt, der mehr bietet. Sonst geschiehet dem, der am ersten das Gebot gethan, plus licitanti, adjudicatio, von welcher Subhastation Philippi einen Traktat geschrieben hat.

§. 5.

Wie bereits erwähnet worden ist, giebt es Sachen, gegen welche die Vollstreckung nicht statt hat. Wobey aber angeführt worden, daß diese nur von der Execution befreyt sind, so lange andere Sachen zureichen, als die Kleider und Hausgeräthe. Besonders den Handwerkszeug nimmt man einem nicht weg, wenn nicht die gröste Noth vorhanden ist, daß nämlich die Creditores anders nicht befriediget werden können. Das geschieht aus Mitleiden gegen die Schuldner, denn manchmal verdienen sie auch Mitleiden, und kommen oft ohne ihre Schuld sehr herunter. Unterdessen können doch auch die Gläubiger das

Ihrige

Ihrige nicht missen. Solchemnach muß man bey der Execution zwar barmherzig seyn, aber doch so, daß die Gläubiger um ihr Jus quaesitum nicht kommen, mithin, wenn es anders nicht seyn kann, greift man auch endlich dazu, und geschiehet die Execution ad peram et saccum usque, wie man zu reden pflegt.

Viertes Buch.

Tit. XXI.

De Processu criminali.

§. 1.

Processus criminalis heißt derjenige, welcher der Verbrechen halber angestellt wird. Denn er wird dem Processui civili entgegengesetzt, als welcher über das Interesse pecuniarium angestellt wird. Wenn nun aber dieser Processus criminalis angestellt werden soll, so ist entweder ein Ankläger vorhanden oder nicht. Derjenige, welcher angestellt wird, wenn ein Ankläger vorhanden ist, heißt Processus criminalis *accusatorius*, und dabey wird nun verfahren, wie beym Processu ordinario, ausser, weil es auf Haut und Haar ankommt, wird auch Libellus articulatus zugelassen, indem nämlich dadurch das Factum viel genauer, als sonst, herausgebracht werden kann. Ausserdem wird auch hier nicht, wie sonst bey dem Processu ordinario, die Eidesdelation zugelassen, weil Probationes, wie es die Juristen nennen, luce meridiana clariores erfordert werden, und endlich, wenn Sententia condemnatoria ergehet, erwächst sie nicht in Rem judicatam, sondern kann allezeit durch die Leuterung und Appellation wieder angefochten werden. In Libello accusatorio wird auch Petitum generale zugelassen, z. B. peinlicher Ankläger bittet, peinlich Angeklagten zur rechtlich wohlverdienten Strafe zu ziehen. In Processu civili muß hingegen das Petitum specifice eingerichtet seyn. Hier aber kann es allgemein eingerichtet werden, weil der Richter ohnedem weiß, was für eine Strafe auf das Verbrechen gesetzt ist. Wo hingegen kein ordentlicher Ankläger vorhanden ist, sondern der Richter supplirt, was sonst der Ankläger thut, heißt der Processus criminalis *inquisitorius*, der also dem accusatorio entgegengesetzt wird. Denn über Crimina wird verfahren entweder auf eine geschehene Anklage oder nicht. Ist keine Anklage geschehen, und es

soll

soll doch darüber verfahren werden, so muß der Richter ex Officio inquiriren, woher der Processus inquisitorius eben seine Benennung erhalten hat, weil er per Inquisitionem geschieht. Man kann noch eine dritte Art des Processus criminalis formiren, nämlich Processum criminalem *mixtum*, ex accusatorio et inquisitorio, dergleichen denn der Processus criminalis heut zu Tage meistens ist, indem der Richter, wenn Verbrechen verübt worden, ex Officio, d. i. ohne daß jemand die Verbrechen angiebt, untersucht, was daran und wer der Thäter sey, worauf er sie auch nachher ex Officio bestraft. Allein obgleich hier kein Ankläger ist, so wird doch an den meisten Orten der Fiscal zum peinlichen Ankläger aufgestellt, damit er die Stelle eines Anklägers beym Processu accusatorio vertreten soll, wenn nämlich die Inquisitio generalis vorhergegangen ist. Und eben deßwegen wird auch heut zu Tage bey dem Processu inquisitorio, wenn der Fiscal agirt, eine artikulirte Anklage von ihm eingegeben, da er nämlich das Verbrechen in Artikeln vorstellt, welches sonst beym Processu civil nicht erlaubt ist. Man sagt daher auch, Inquisitio pura sey jene, wo gar kein Ankläger vorhanden seye, mixta aber, wo der Fiscal gesetzt werde, die Stelle des Anklägers zu vertreten. Eine solche Inquisitio pura ohne irgend einen Ankläger ist an vielen Orten noch üblich, daß nämlich der Richter das, was sonst dem Ankläger obliegt, von Amtswegen ergänzt. Wo aber auch accusatorius Processus noch statt hätte, wie denn Kayser in Processu criminali noch solche Fälle anführt, so kommt doch heut zu Tage Inscriptio in Crimen nicht mehr vor, indem sich nämlich der Ankläger ad idenditatem supplicii verbindlich machte, daß, wenn er den Accusatum nicht überführe, wolle er das Verbrechen auf sich nehmen. Ehedessen, weil ein Praemium darauf stund, klagte man öfters Unschuldige an, da konnte einer anstatt eines Praemii Strafe davon tragen, welches Praemium aber heut zu Tage wegfället. Heut zu Tage hat auch jene Cautio nicht statt, welche man in Carolina Art. 12 forderte, daß nämlich der Ankläger so lange ins Gefängnis gesteckt werden soll, bis er Bürgschaft geleistet hatte, und ist heut zu Tage eine Caution mit Vermögen wegen der Kosten und der Satisfaction gewöhnlich.

§. 2.

Unterdessen muß doch eine Ursache da seyn, warum der Richter ex Officio inquirirt, ohne daß eine Anklage geschehen ist, z. B. wenn er hört, daß ein Haus verdächtig oder ein Diebstahl darinnen vorgegangen sey. Die Ursache nun ist Fama vel Denunciatio. Denn es muß eine Inquisition nicht gar zu voreilig vorgenommen werden, weil sonst gar leicht ein großer Nachtheil daraus für diejenigen erwachsen könnte, welche in Inquisitionen kommen. Der Richter

muß

muß daher auch nicht gleich auf ein jedes Gerüchte eine Inquisition vornehmen, sondern erst untersuchen, was das für Leute sind, von welchen das Gerüchte herkömmt, obs nicht etwa Feinde dessen sind, von welchen das Gerüchte ausgesprengt worden ist. Will sich demnach der Richter rechtfertigen können, und von der Gefahr eines Injurienprocesses, ja wohl gar abgesetzt zu werden, befreyen, so muß er das Fundamentum inquirendi auf das erste Blatt im Protokoll setzen, damit man sehen kann, daß er nicht ohne Grund zur Inquisition geschritten sey, und daß er nicht etwa bloß die Inquisition, um jemand zu scheren, vorgenommen habe.

§. 3.

Die Inquisitio wird in *generalem* et *specialem* eingetheilt, und heißt Inquisitio *generalis* diejenige, welche angestellt wird, um sich von allen Umständen des Facti bey jedermann zu erkundigen, der nur Nachricht von der Sache haben kann. Da sieht man also noch nicht auf eine gewisse Person, die als Thäter gravirt ist, ja wenn man auch auf eine solche Person einen Verdacht hätte, und sie auch bey der Generalinquisition abhörte, so wird sie doch nur als ein Zeuge abgehört. Wenn man also noch nicht weiß, ob das Verbrechen verübt worden ist, sondern nur die Rede geht, daß z. B. ein Kindermord verübt worden, und der Richter in Veritatem Delicti commissi inquirirt, so heißt es Inquisitio generalis, oder die Veritas Delicti commissi ist zwar schon richtig, z. B. das Kind hat sich gefunden, welches getödtet worden ist, hingegen aber weiß man die Thäterinn noch nicht, so ist alsdann darauf zu inquiriren. Es heißt aber noch alles Inquisitio generalis. Denn wenn man zwar schon einige herausgebracht hat, die als Thäter verdächtig sind, man weiß doch aber nicht gewiß, wer es unter ihnen ist, und es wird inquirirt, um das herauszubringen, so heißt es doch noch Inquisitio generalis. Unterdessen wenn auch gleich bekannt ist, daß das Verbrechen, und von wem solches begangen worden ist, so geht doch noch allemal Inquisitio generalis vorher, um sich von allen Umständen bey jedermann, der nur Nachricht davon haben kann, genau und vollkommen zu erkundigen. Obgleich in dem Fall, der zu Marburg vorgekommen, das Weibsbild schon gestanden hatte, daß das Kind, welches vergraben worden, von ihr sey, und also der Thäter bekannt war, so gieng doch noch Inquisitio generalis vorher, indem jedermann abgehört wurde, der nur Nachricht von dem Facto hatte, und zwar um deswillen, damit man bey der Specialinquisition die Artikel entwerfen könnte. Denn bey der Specialinquisition wird schon vorausgesetzt, daß man die Umstände weiß, weil man dieselben in Artikel bringen muß, so daß also ei-

ne Inquisitio generalis allemal vorhergehet, ausser der Verbrecher werde auf frischer That erwischt. Der Richter muß also bey der Generalinquisition keinen Zeugen fragen, ob diese oder jene Person das Verbrechen begangen habe, denn wenn er eine Person nennt, so ist es eine Suggestio. Wenn z. B. in einer Strasse ein Kind liegt, muß er die Zeugen nicht fragen, ob sie nicht wissen, ob des Titius Tochter ein Kind bekommen, sondern ob sie nicht wissen, daß ein Kind gefunden worden, ob sie es gesehen? ob sie nicht gehört, von wem es hingelegt worden sey? Dann schreibt er hin, was sie aussagen. Der eine sagt nun: des Titius Tochter, der andere: des Titius Magd. Kurz, es kömmt auf die zwo Fragen an, ob es geschehen sey? und wer es gethan habe? Mithin heißt Inquisitio specialis diejenige, welche gegen einen als den Thäter, der aber läugnet, angestellt wird. Da wird nun z. B. die Titia verhört, ob sie nicht das Kind umgebracht habe? Es ist also freylich etwas mehrers, wenn gegen einen Inquisitio specialis vorgenommen wird, weil er schon für den Thäter ausgegeben wird, da man hingegen bey der Generalinquisition noch von keinem Thäter weiß, wenigstens noch nicht thut, als wüßte man ihn, sondern thut, als wollte man ihn erst herausbringen.

§. 4.

Diesemnach kann man nicht so leicht zu der Specialinquisition schreiten, wie zu der Generalinquisition. Denn die Generalinquisition beschwert einen so viel noch nicht, wie die Specialinquisition, da man bey der letztern schon für den Thäter gehalten wird. Weil also diese einem an seiner Ehre großen Schaden thun und auch viele Kosten verursachen kann, so pflegt man bey geringern Verbrechen, z. B. geringen Injurien, nicht zu der Specialinquisition zu schreiten. Manchmal aber thun es doch die Richter, die Sportelnhändler sind, daß sie nämlich gleich auch in levioribus Delictis zur Specialinquisition schreiten. Der Anfang ist Gefangennehmung und Einstecken. Ein junger Richter thut demnach am klügsten, wenn er die Akten auf eine Universität schickt und anfragt, ob die Generalinquisition zur Gefangennehmung hinlänglich sey. Denn so schadet es ihm nicht, wenn er jemand einlegen lassen, der doch nichts begangen hat.

§. 5.

Besonders aber hat man mit der Specialinquisition vorsichtig zu Werk zu gehen, wenn die Person, die darein soll gezogen werden, in einer Würde oder Bedienung steht. Da ist die Injurie noch grösser, die ihr angethan wird, weil die Größe der Beschimpfung von der Würde der beschimpften Person abhängt.

hängt. Hier muß sich der Richter allemal mehr in Acht nehmen, daß er probabilia Indicia gegen eine solche Person hat, welche Wahrscheinlichkeit auch von der Person abhängt, die ein Verbrechen gegen einen denunciirt. Ists eine Hure, so kann sie einen honneten Mann durch ihre Angabe nicht sogleich zur Inquisition graviren, da er bisher einen honneten Wandel geführt hat, hingegen dieser Denunciantinn liederliches Leben bekannt ist. Sodann erhalten jene Personen ihres Standes halber eine große Vermuthung für sich, denn es ist nicht zu vermuthen, daß ein Mann von grossem Stande solche Verbrechen begehen werde, als manchmal von liederlichem Volk auf ihn ausgegeben werden. Es ist zwar möglich, aber doch nicht wahrscheinlich.

§. 6.

Wenn nun einer zur Inquisition gravirt ist, so findet gleich realis Citatio statt, d. i. er wird sogleich beym Kopf genommen, denn ein dergleichen Verbrecher ist gewöhnlich des Entfliehens halber verdächtig, ja man läßt ihn in Poenis capitalibus nicht einmal Caution stellen, denn es läßt einer eher die Caution im Stich, als daß er sich den Staupbesen geben läßt. Jedoch wie die Glaubwürdigkeit des Eides von des Schwörenden Glaubwürdigkeit abhängt, wenn er sagt, er wolle juratoriam Cautionem prästiren, also kann ihn der Richter darauf frey lassen, wenn er ein gutes Zeugniß hat, er werde keinen Meyneid begehen. Sonst setzt man einen Edelmann in die Wache, einen schlechtern Menschen aber setzt man gleich ein, weil man doch auch auf Dignitatem zu sehen hat. Wenn daher auch eine Person würklich eingesetzt worden, und darauf das Ansinnen geschieht, solche auf Caution des Arrests zu entlassen, so wird allemal auf die Beschaffenheit des Verbrechens und auf die Anzeigen, die gegen sie vorhanden sind, gesehen, daß man nämlich sieht, ob es wohl dazu kommen könnte, daß ihr eine Poena, wo nicht capitalis, doch Corporis afflictiva zuerkannt werden könnte, und wie weit sie schon dieses Delicti halber gravirt sey, nicht weniger, ob der Gefangene von hoher Geburt sey. Das Gefängniß muß nicht als ein Praeludium von der Strafe angesehen, sondern nur wegen der Sicherheit gebraucht werden, mithin muß man einen nicht zu sehr schliessen lassen. Nachdem aber die Schelmenkunst so hoch gestiegen, daß man auch alle Schlösser aufbringen kann, so erfordern die Umstände öfters, daß man die Inquisiten schliessen läßt, so daß sie nicht Arm zu Arm, noch Bein zu Bein bringen können, ob es ihnen gleich unbequem fällt. Stryck de Carcere ad Custodiam.

§. 7.

Wenn nun Incarceratio geschehen ist, so werden Artikel oder Fragstücke über die durch die Generalinquisition herausgebrachten Umstände, welche der Fiskal als peinlicher oder Amtsankläger eingiebt, verfaßt. Ehe der Richter den Inquisiten anhält, auf die Articulos inquisitionales zu antworten, redet er ihm gütlich und nicht mit Drohen zu, er solle Gott die Ehre geben, und bekennen, mithin sich von den Vorwürfen seines Gewissens losmachen, und die zeitliche Strafe nicht achten. Fruchtet es nichts, so kömmt es ad Articulos inquisitionales, die der Richter aus der summarischen Aussage aufgesetzt hat. Auf diese Artikel muß der Inquisit antworten, welche Antwort soviel, als in Civilibus Litis Contestatio ist. Und zwar muß er so vielmal antworten, als es der Richter verlangt, wenn er auch zehenmal antworten müßte, und zehenmal neue Zeugen gegen ihn producirt werden sollten. Darüber wird nun ein ordentliches Protokoll geführt, und seine Aussage auf die Artikel niedergeschrieben, da man denn freylich sehr sicher gehen, genau die eignen Worte des Gefangnen beybehalten, und sie nicht etwa nach seinem eignen Verstande geben muß, als wodurch man leicht einen armen Inquisiten graviren könnte. Denn es kömmt manchmal auf den geringsten Umstand an, wenn einer auf die Tortur gravirt werden sollte. Und eben deswegen muß auch in die Artikel nicht mehr als Ein Umstand gebracht werden, damit er auf alle, und also auch auf alle Umstände distincte antworten kann, indem es manchmal geschieht, daß er Einen Umstand zugiebt, den andern aber widerspricht, mithin geht es nicht an, daß er nur unbestimmt auf die Artikel mit Ja und Nein antwortet, sondern manchmal limitiren, manchmal negiren, manchmal affirmiren muß. Die Articuli inquisitionales fangen sich nicht mit wahr, sondern mit einer Frage an, ob Inquisit den Entleibten kenne, wie lange? Ob er nicht mit ihm beym Bier gewesen? nicht gespielt, mit ihm nicht gestritten, ihm nicht die Kanne an den Kopf geworfen? indem dumme Teufel meynen könnten, wenn es im Artikel wahr heisse, sie dem Richter nicht widersprechen dürften. Deswegen ist nöthig, daß sie durch Fragstücke gemacht werden. Freylich aber ist das *si feciſti nega* in causa civili wahr, noch mehr aber in criminali. Daher werden die Zeugen über die Artikel eidlich abgehört, welches in generali Inquisitione anders ist. Man pflegt daher auch Articulos generales vorauszuschicken, die manchmal ganz gleichgültig zu seyn scheinen, unterdessen aber doch ein grosses Licht geben. Wenn nämlich das Verbrechen, worüber die Inquisition formirt wird, ein Diebstahl seyn sollte, so wird z. B. gefragt, wie der Inquisit heisse, wie alt er sey, wovon er sich nähre, warum

sich

sich Inquisit hier aufhalte, ob er bey Nacht ausgegangen, ob er nicht dem Wächter begegnet, ob er nicht etwas getragen habe? u. d. gl. Das sind zwar lauter Articuli generales, die aber manchmal bey der Hauptsache ein großes Licht geben können. Da kömmt man nun nachher von den geringern und leichtern Umständen zu der Hauptsache, die allemal auf die Letze aufbehalten wird, z. B. ob Inquisit bey Nevius eingebrochen habe? Die Artikel werden den Zeugen niemals abschriftlich mitgetheilt, also auch hier nicht dem Inquisiten. Er soll nämlich die Wahrheit sagen. Darauf darf man sich nun nicht bedenken, sonst würde er darauf denken und zweifelhafte Antworten vorbringen. Wenn es in solcher Ordnung geht, so kann es auch am allererſten geschehen, daß ein Inquisit sich selbst widerspricht, und sich dadurch verräth. Denn da läugnet er manchmal die Hauptsache, und giebt doch, weil er es nicht versteht, Umstände zu, aus welchen die Hauptsache ganz klar erhellet. Eben deswegen, wenn die Inquisiten listig sind, können sie auch die Inquisition sehr schwer machen. Denn solche können leicht einsehen, was man mit einer Frage haben will, und wie sie ihnen in der Hauptsache nachtheilig werden könne, daher sie gleich die Antwort darauf einrichten, und sich nicht im geringsten widersprechen, wie man solches besonders findet, wenn Akten von berüchtigten Spitzbuben, die lange bey dieser Profession waren, verschickt werden. Wenn ein Inquisit sich immer widerspricht oder variirt, so ist man bald mit ihm fertig. Wenn er aber alle Antworten dergestalt vorbringt, daß sie mit dem, was er gesagt, übereinstimmen, so wird die Inquisition immer schwerer. Der Angeklagte muß in eigener Person antworten, und nicht durch einen Bevollmächtigten, denn er ist nicht Herr über seine Mienen und Farbe, diese können ihn öfters verrathen. Er fängt z. B. an zu zittern, wird blaß, roth, verstummt, da sagt man: sehet, daß ihr kein gutes Gewissen habt, wohingegen ein Advokat auf alle Artikel unerschrocken mit Nein antworten würde. Wenn der Inquisit nicht antworten will, so wird er bey geringern Verbrechen für geständig gehalten, bey schwerern aber in ein härteres Gefängniß gebracht, oder mit der Tortur bedrohet, oder man läßt ihn durch den Scharfrichter schröcken, ihm auch wohl gar Daumenstöcke und Schnüren anlegen, daß er antworten muß. Will er aber gar nicht antworten, so wird er auf eine Festung geschafft, oder mit einer Poena arbitraria belegt.

§. 8.

Ehe man zur Specialinquisition schreiten kann, muß man de Corpore delicti versichert seyn. Wenn einer abwesend ist, und die Leute sagen, er wäre todt geschlagen, so kann keiner seinetwegen in die Inquisition gezogen

werden, bis man gewiß weiß, er seye todt und nicht etwa nur verreiset. *Corpus delicti* heißt also nichts anders, als Veritas Delicti commissi, die Gewißheit des begangenen Verbrechens. Man sagt z. Ex. das Corpus delicti ist heraus, das heißt soviel, es ist wahr, daß das Delictum verübt worden ist. Dieses Corpus Delicti muß variiren, weil die Facta variiren. Es wird eingetheilt in *verum*, und in *praesumtum*. *Verum* heißt dasjenige, welches bey Delictis Facti permanentis statt findet, hingegen *praesumtum* Corpus Delicti, welches bey Delictis Facti transeuntis statt hat. Delicta *Facti permanentis* heissen diejenigen, die ein Vestigium hinter sich lassen, z. B. das Homicidium läßt ein Vestigium hinter sich, den Leichnam, das nennt man zwar auch Corpus Delicti, eigentlich aber ist es Veritas Delicti Homicidii commissi, die daraus erhellet. In Infanticidio ist es auch so, denn es läßt ein Vestigium nach sich, aus welchem Veritas Delicti commissi erhellet, wenn man z. B. das Kind findet, und ihm die Gurgel abgeschnitten ist. Das nennt man zwar auch das Corpus Delicti, eigentlich aber ist Corpus Delicti Veritas Infanticidii commissi, welche aus diesem Kinde erhellet. Delicta *Facti transeuntis* sind diejenigen, die kein Vestigium hinterlassen, dahin gehört z. B. das Adulterium, da ist nämlich gewöhnlicherweise kein Vestigium vom Adulterio vorhanden. Man kann freylich auch Vestigia finden. Wenn man zwo Personen bey einander im Bette antrift, so ist es noch kein Adulterium, da es erst per Emissionem Seminis vollbracht wird. Die Emissio Seminis kann aber aus den Vestigiis im Bette klar seyn. Gemeiniglich aber, wenn man Personen in ipso flagranti antrift, oder in ipso Actu erwischt, ist das Adulterium ein Delictum Facti transeuntis, das kein Vestigium hinter sich läßt. Unterdessen können doch Indicia vorhanden seyn, oder man kann aus den Umständen das Verbrechen vermuthen, da heißt denn das Corpus Delicti *praesumtum*, und ist zur Inquisition hinlänglich. Selbst aber auch bey Delictis Facti permanentis ist manchmal, wenn nämlich keine Vestigia vorhanden sind, das Corpus Delicti praesumtum zur Inquisitione speciali, ja so gar zur Poena capitali hinreichend. Es ist mir z. B. ein Fall bekannt, daß eine Kindermörderinn ihr Kind in einen Strumpf gewickelt, in den Wald hinaus getragen und allda vergraben hatte. Die Sache kam heraus, sie wurde in die Inquisition gezogen, und ihr die Todesstrafe zuerkannt, obgleich das Corpus Delicti nicht da war, daß nämlich das Kind nicht gefunden werden konnte. Man führte das Weibsbild selbst in den Wald, wo sie nach ihrem Vorgeben das Kind begraben hatte; man konnte es aber nicht wieder finden, und gleichwohl blieb sie darauf, daß sie es allda eingegraben hätte. Es waren auch alle Umstände heraus, daß der Kindermord seine Richtigkeit hatte.

Denn

Denn gebohren hatte sie, nach dem Zeugnisse der Hebamme, und zwar heimlich, sie gestund es auch, und ihre Mutter gestund es auch. Hier war nun nicht erst nöthig, daß das Kind gefunden wurde, sondern die Vermuthung war hier so stark, daß sie der Wahrheit gleich kam. Es hat aber auch Kreß in seinem Commentario ad Carolinam angemerkt, daß man selbst bey Delictis Facti permanentis das Corpus Delicti praesumtum zur Inquisitione speciali, ja auch zur Poena capitali, für hinlänglich annehmen müsse, wenn es nicht möglich sey, das Verum zu haben. Aus dem nämlichen Grunde wird ja das Corpus Delicti praesumtum bey den Delictis Facti transeuntis zugelassen. Wenn Delicta an und für sich, oder gemeiniglich Facti permanentis sind, so können sie doch auch zuweilen Delicta Facti transeuntis werden, wenn nämlich die Indicia, die sonst vorhanden, nicht zugegen sind. Man sieht zugleich, daß in dem obigen Fall, wenn ein Mensch abwesend ist, und die Rede geht, als wenn er erschlagen worden wäre, da er doch verreiset seyn kann, nicht einmal Corpus Delicti praesumtum vorhanden gewesen, vielweniger also kann man in solchem Fall, da beydes wegfällt, zur Inquisition schreiten, bis sich nähere Anzeigen hervorthun.

§. 9.

Wenn das Verhör gehalten ist, kann es zur Confrontation sowohl der Mitschuldigen als auch der Inquisiten und Zeugen unter sich kommen. Wenn nämlich die Inquisiten alles, oder wenigstens solche Artikel läugnen, die sie hauptsächlich graviren, so müssen die Zeugen noch einmal aussagen, was sie bereits bey der Generalinquisition ausgesagt haben, und zwar eidlich. Bleiben sie dabey, so ist kein anderes Mittel übrig, als daß man sie mit dem Inquiten confrontirt, oder sie einander zur Seite stellt, da denn der Richter hauptsächlich auf die Mienen und Geberden, auf die Gesichtsfarbe zu sehen hat, ob sich nämlich der Inquisit oder die Zeugen entfärben, denn daraus kann auch manchmal geschlossen werden, und bey den andern Umständen, die herausgekommen sind, sehr helfen. Die Zeugen müssen dem Inquisiten die That ins Gesicht sagen. Man ruft einen um den andern hinein. Hat er nun kein gutes Gewissen, so verstummt er, und weiß nichts zu sagen, daher der Richter sprechen kann: Verantwortet euch! Man kann auch dadurch die Unschuld an den Tag bringen. Manchmal sind es böse Zeugen, der Inquisit redet frisch, und sagt, er wolle sie vorm jüngsten Gerichte verklagen, da verlieren denn auch die Zeugen öfters den Muth. So ist es auch, wenn manchmal von den Mitschuldigen einer das Verbrechen, z. B. beym Kindermorde die Mutter, gestanden hat, die Tochter aber es nicht gestehen will, so werden Mutter und Tochter

zusam-

zusammengebracht, und miteinander confrontirt, sofort ihre beyde Aussagen gegen einander gehalten, und muß derjenige, der es gesteht, demjenigen, der es läugnet, ins Gesicht sagen, daß sichs so verhalte, wie ers ausgesagt habe. Jedoch ist manchmal auch durch die Confrontation nichts herauszubringen, denn es giebt manchmal Inquisiten, die sich nicht entfärben, wenn sie gleich die größten Lügen vorbringen, und sie so scheinbar ihren Mitschuldigen ins Gesicht hinein vorzubringen wissen, ja bis in ihren Tod dabey bleiben, wenn gleich die Kammeraden gegen sie ausgesagt und ihre Aussage durch den Tod bestättigt haben.

§. 10.

Bey der Confrontation wird nun alles wieder genau protokollirt, denn wenn sie geschieht, so ist das peinliche Gericht und der Aktuarius dabey, der alles niederschreiben muß, was bey der Confrontation über einen jeden Artikel vorgegangen ist. Denn es werden die Artikel dem Theil, der läugnet, wieder vorgelegt, und er wird auf einen jeden befragt. Läugnet er, so wird gleich der andere dagegen auf eben den Artikel vernommen, und was nun dieser dem, der da läugnet, ins Gesicht hinein sagt, das wird mit eben denselbigen Worten, die sie gebrauchen, niedergeschrieben. Drücken sie sich dunkel aus, so wird gefragt, wie sie es verstehen, damit man ihren Sinn recht begreift. Darauf nun, wenn das alles vorbey ist, kömmt es zur Defension, von welcher Cranz geschrieben hat.

§. 11.

Es wird nämlich ein Defensor und zwar selbst von Amtswegen aufgestellt. Hat der Inquisit Mittel, so muß er sich selbst einen bestellen, hat er aber nichts, so wird einer der Advokaten zum Defensor angestellt, der die Akten bekömmt, aber doch so, daß er nichts gefährliches damit vornehmen kann. Er bekömmt sie nämlich nicht nach Hause, sondern er darf sie nur durchsehen, und herausnehmen, was er zur Defension des Inquisiten tauglich findet, und das geht nun so oft an, als er es für nöthig findet, oder so lange, als es noch scheint, daß der Inquisit vertheidigt werden könne. Wenn daher einem schon zweymal der Hals abgesprochen worden ist, geht es doch noch an, daß jemand zu dessen Defension zugelassen werden kann. Denn wie es überhaupt heißt: niemand, selbst dem Teufel kann man die Vertheidigung nicht verweigern, so muß man um so mehr in Criminalibus mit der Defension leicht seyn, und einem das Maas recht voll geben, daß niemand sagen kann, als wäre etwa der Inquisit auf ungerechte Weise verurtheilt worden. Wenn nun

die

die Defension geführt worden ist, so werden die Akten manchmal auch mehrmals versandt, wenn z. B. einem Inquisiten, als die Akten mit der Defension verschicket worden, das Schwerd, zum zweytenmal die Tortur, drittens wieder das Schwerd, viertens der Staupbesen, fünftens das Juramentum purgatorium zuerkannt worden, so muß man den Muth nicht sinken lassen. Ohngeachtet aber wohl etlich und fünfzigmal in der Carolina steht, daß die Akten verschickt werden sollen, so ist doch noch nicht zu beweisen, daß es schlechterdings nöthig sey, denn es setzt dieses die damaligen Zeiten voraus, da noch Schuster und Schneider in den Gerichten gesessen haben, da war es wohl nöthig, daß man die Akten verschickte. Allein wo heut zu Tage in den deutschen Ländern ordentliche Gerichte angeordnet sind, und mit Gelehrten besetzt werden, ja da besondere peinliche Gerichte angelegt und mit Personen besetzt sind, die die Rechte vollkommen inne haben, so ist nicht nöthig, daß man sie versende, ausser in dem Fall, wo der Richter sein Gewissen frey stellen, und jedermann zeigen will, daß er völlig unpartheyisch bey der Sache verfahren sey. Denn es ist doch freylich besser, wenn auch der Richter noch so gerecht in der Sache verfahren hat, daß er auch allen Verdacht von sich ablehne, besonders wenn der Proceß in der nämlichen Stadt geführt worden, wo das Verbrechen verübt worden ist, und wo auch die Verbrecher gewohnt haben, denn in diesem Falle wird allerhand von der Sache gesprochen, und es kann auch dem Richter allerhand vor die Ohren kommen, was ihn bewogen habe, vielmehr so zu sprechen, als anders, wenigstens, was ihn eingenommen habe. Wenn er daher haben will, daß die Urthel ganz unpartheyisch seyn soll, so läßt er sie durch ganz Unpartheyische, die nichts blenden kann, auswärts sprechen. Wenn demnach in einem Lande, wo eine Regierung oder ein Schöppenstuhl, oder sonst ein Collegium von Rechtsgelehrten ist, die Akten nicht verschickt werden, so kann deßwegen der Proceß nicht für null ausgegeben werden.

§. 12.

Manchmal geschieht es, daß der Angeklagte oder Inquisit durchgeht, ob er gleich noch einige Defension für sich hat, blos um deßwillen, weil es besser ist, sich ausser dem Gefängnisse zu verantworten. Da aber doch für nöthig erachtet wird, daß er selbst gegenwärtig sey, und sich verantworte, so ist nun das Mittel eingeführt, daß er einen Salvum Conductum erhalten kann. Dieser ist eine Versicherung des Richters, die er einem ausgetretenen Inquisiten giebt, daß er, ohne Furcht eingesteckt zu werden, seinem Proceß solle beywohnen können, bis etwas peinliches gegen ihn erkannt worden ist. Der Salvus Conductus nun ist vel *generalis* vel *specialis*. *Generalis* heißt derjenige, den einer auf eine öffentliche Ladung erhalten hat, denn diese führt das sichere Geleit auf

dem Rücken mit sich, sonst wird keiner erscheinen, wenn er nicht sicher ist. Es dauert aber der Salvus Conductus generalis über drey Tage nicht. Daher sucht einer lieber einen specialem Salvum Conductum, d. i. eine Sicherheit, so lange als der Proceß dauert, und nichts peinliches gegen ihn erkannt wird, ab- und zuzugehen, und seine Nothdurft persönlich zu wahren, welche denn unter Hand und Siegel der Obrigkeit, jedoch nach geleisteter Caution des Inquisiten ertheilt wird. Wenn einer einen solchen Salvum Conductum erhalten hat, kann er sicher hin- und weggehen, ohne daß er zu befürchten hat, daß er eingesteckt wird, indem es sonst gegen das obrigkeitlich ertheilte Wort liefe, wenn diese doch zur Gefangensetzung schreiten wollte. Es wird aber dabey vorausgesetzt, daß sich einer geleitlich aufführe, d. i. kein neues Verbrechen begehe, weswegen er in Verhaft genommen werden könnte, denn der Salvus Conductus geht nur auf das Verbrechen, um deßwillen man bereits die Inquisition angefangen hat. Wenn auch würklich auf etwas peinliches, z. B. die Tortur sollte erkannt worden seyn, so muß sich einer aus dem Staube machen, denn darauf geht das sichere Geleite auch nicht, sondern nur darauf, seine Nothdurft persönlich wahren zu können, so lange es angeht. Also fällt es weg, so bald etwas peinliches gegen einen erkannt wird, und man also nöthig hat, sich seiner Person zu versichern. Wenn daher einer merkt, daß es zur Tortur oder sonst zu einer Leibesstrafe, z. B. zum Staupbesen kommt, muß er sich bey Zeiten wegmachen, wenn man ihn nicht beym Kopf nehmen soll.

§. 13.

Wenn peinliche Akten verschickt werden, muß der auswärtige Richter so handeln, wie der, welcher am Orte ist. Er muß demnach auf das sehen, was bewiesen worden ist. Ist gegen den Inquisiten nicht einmal ein halber Beweis geführt worden, so erkennt er demselben das Purgatorium zu, oder ist es ein liederlicher Kerl, so erkennt er ihm die Territion zu. Das Purgatorium wird dießfalls ein geschärfter Eid genennt, da ein paar Prediger, ein Todtenkopf, ein blankes Schwerd, eine eiserne Hand, ein schwarzes Tischtuch und die offene Thüre gebraucht werden, um dem Schwörenden das Gewissen zu rühren. Sonst aber, wenn semiplene gegen ihn erwiesen worden ist, die Indicia proxima, und per duos testes omni exceptione majores erwiesen sind, so erkennt man auf die Folter. Strycks Diss. de fallacibus Criminum Indiciis. Jedoch kann ein Richter auf die Tortur nicht anders als nur in dem Falle erkennen, wo es zum Staupbesen oder zu einer Lebensstrafe kommen kann. Man läßt es aber im erstern Falle zum öftern nicht auf die Tortur ankommen, sondern erkennt lieber auf die Landesverweisung. Bey Halsverbrechen hat Territio statt, welche darinn besteht, daß der Scharfrichter dem Inquisiten die Instrumente

mente vorlegt und ihm drohet, die Tortur an ihm zu vollziehen, auch thut, als ob er ihn angreifen wollte. Nach gemeinen Rechten wird noch kein Instrument angelegt, in Sachsen aber werden schon die Daumschrauben angelegt, auch wird ein wenig zugeschraubt, aber doch nicht viel. So werden auch die Schnüre nur ein wenig gebraucht. Daher Territio in *verbalem* seu *nudam*, und *realem* eingetheilt wird. Jene besteht in der blossen Vorzeigung der Instrumente durch den Scharfrichter, bey dieser hingegen werden die Instrumente angelegt und mit dem Peinigen einiger Anfang gemacht. Nur muß man die Inquisiten nicht wissen lassen, was die Urthel enthält. Der Richter muß die Urthel nicht herlesen, wie es steht, er soll territt werden, sondern: Inquisit soll peinlich befragt werden. Dann weiß er es nicht. Das pflegt man nun aber bey Personis honoratioribus nicht zu thun, sondern nur bey liederlichen Leuten, bey Personis honoratioribus aber dann erst, wenn der Verdacht und das Verbrechen allzugroß ist. Die Folter selbst geschieht durch Peinigen des Körpers. Denn sie ist ja eine durch körperliche Zwangsmittel geschehende Befragung wegen eines angeschuldigten Verbrechens. Sie hat drey Grade. Der unterste besteht in dem Daumenschrauben und Schnüren bis aufs Blut. Da heißt es in den Akten: ihm sollen die Daumenstöcke angelegt werden, und wenn es nicht helfen will, soll er mit Banden geschnürt werden. Der zweyte Grad besteht in den spanischen Stiefeln, welches hölzerne runde Schienen sind, worein man das Bein legt. Diese schraubt man an, und schlägt immer darauf, daß die Nägel durchdringen. Ferner besteht dieser Grad in der Leiter, und an einigen Orten, wie z. B. im Magdeburgischen, in dem gespickten Hasen, der drey Viertel Elle lang und mit Pflöcken beschlagen ist, worauf der Inquisit gerollet wird. Der dritte Grad besteht in der Feuerprobe, daß nämlich der Delinquent mit Schwefeltropfen auf Beine, Arme und Knie besprengt wird. An manchen Orten werden ihm Keile unter die Nägel geschlagen. Man hat sich aber dabey nach eines jeden Orts Gewohnheiten zu richten, denn Ein Grad ist härter als der andere. Inzwischen sind die bisher angeführten Torturarten die gewöhnlichsten. Im zweyten Grade steht zwar die Leiter, aber auch im dritten, da ist sie aber nicht so heftig. Der Delinquent wird da nur einige Grade in die Höhe gezogen, hier aber fast noch einmal so lang, als man das Eingeweide sehen kann. Daher kann man einen, der einen Bruch hat, zwar mit Daumenschrauben und Schnüren, nicht aber auf der Leiter torquiren. Weil nun Ein Grad härter ist, als der andere, so dauert der erste gemeiniglich über eine halbe Stunde nicht, die andern Grade aber, weil einer dabey schon mehr gravirt seyn muß, können länger dauern, und wohl eine Stunde. Doch muß der Richter auf die Beschaffenheit des Inquisiten sehen. Denn wenn es ein schwacher Mensch ist, so muß er sich darnach richten, und

dann kann er den Grad nicht so lange dauern lassen, als bey starken Leuten. Wildvogel de Arbitrio Judicis circa Torturam. Der Richter darf auch kein ungewöhnliches Instrument dabey gebrauchen. Das Mecklenburgische Instrument ist in Ludovici Criminalproceß in Kupfer abgebildet. Grupen *de Applicatione tormentorum* ist das brauchbarste und instructivste Buch. Es ist aus Erfahrungen der Scharfrichter entstanden. Auch Claproth in seinen summarischen Processen hat die Verfahrungsart beym Foltern sehr deutlich auseinandergesetzt. Es ist auch gewöhnlich, daß man bey der Tortur eine Sanduhr hat, die man umwendet, wann die Tortur angefangen hat, damit man sehe, wie lange die Schmerzen schon gedauert haben. Der Richter wendet aber die Uhr erst um, wann er den Delinquenten dem Scharfrichter übergiebt. Der Inquisit muß aber die Uhr nicht in die Augen bekommen, sonst könnte er die Tortur vielleicht aushalten, wenn er sähe, daß nicht viel mehr darinn ist. Siehet er die Uhr nicht, so meynt er wegen der Schmerzen, es wäre noch viel darinn. Ist aber einer hartnäckig, so wird er auch wohl länger gefoltert. Will nun der Inquisit unter der Tortur bekennen, so wird er gleich losgelassen, wo man nicht merkt, daß er es nur thue, um Luft zu bekommen. Nach drey Tagen wird ihm sein Bekenntniß vorgehalten, damit er es bestättige. Bleibt er denn dabey, so wird zu der Sententia condemnatoria und zur Execution derselben geschritten. Weil denn die Tortur etwas so hartes ist, so pflegt man sich vielfältig eine Defension pro avertenda Tortura auszubitten, so wie auch pro avertenda Inquisitione speciali. Denn ist es schon etwas beschwerliches, wenn man eine Specialinquisition ausstehen soll. Wenn einer Frist bittet, seine Defension pro avertenda Inquisitione zu führen, muß sie ihm der Richter gewähren. Man schickt hernach diese Defension mit der Generalinquisition an eine Universität, und fragt an, ob man ad specialem Inquisitionem schreiten könne. Daher kann man auch um eine Defension dagegen bitten, und also noch mehr um eine Defension pro avertenda Tortura, folglich noch mehr um Defension gegen die Poenam capitalem, welches die Hauptdefension heißt, wodurch man sich gänzlich loszumachen, wenigstens mit einer leidentlichen Strafe, ingleichem mit dem Juramento purgatorio durchzukommen sucht. Diese kann einem weder per Statutum, noch Consuetudinem, noch Rescriptum Principis verweigert werden, und wenn auch der Teufel selbst in Inquisition kommen sollte, muß man sie ihm erlauben, wenn er auch gleich nichts zu seiner Entschuldigung anzuführen wüßte. Sollte auch gleich der Inquisit durch die Offenbarkeit seines Lasters bewogen werden, zu sagen: ich will keine Defension haben, seine Frau, Kinder oder Anverwandte aber verlangen sie, so kann der Richter nicht sagen: ad jura renunciata non datur regressus. Vielleicht weiß ein geschickter Advokat eine Entschuldigung zu finden.

Die

Die Defension wird aber auf des Inquisiten Unkosten geführt. Ist er arm, so muß sie der Richter hergeben. Bey solchen Defensionen giebt es Gelegenheit, Geld zu schneiden, und es kostet doch manchmal kein großes Kopfbrechen, wenn man einen Vorwand finden kann. Jener Bauer mußte wegen begangenen Ehebruchs für eine Defensionsschrift von 6 Bogen 100 Rthlr. bezahlen.

§. 14.

Auf die Ratification kommt gar viel an, denn es ist nicht genug, daß der Inquisit das Verbrechen unter der Folter gesteht, sondern er muß es auch ausser dem Marterorte und frey von Schmerzen gestehen. Denn da hat es noch mehr Glaubwürdigkeit. Wenn nachher alles zusammenkömmt, alle Indicia, die einen zur Specialinquisition gravirt haben, das Geständnis auf der Folter und dessen nachherige Bestättigung, so kann niemand einen Zweifel an der Gewißheit des Verbrechens haben, besonders wenn noch das Corpus Delicti verum vorhanden ist. Wenn es aber auch nur praesumtum ist, so ist doch die größte Wahrscheinlichkeit vorhanden. Und aus diesem Grunde kann man auch die Folter vertheidigen. Denn die Wahrscheinlichkeit, daß man dem Inquisiten nicht zu viel thue, ist doch größer, wenn sein eigenes Geständniß auf der Tortur mit den Indiciis übereinkömmt, als wenn er bis zum letzten Hauch läugnet und öffentlich ausschreyt, daß ihm unrecht geschehe. Wenn die Urthel, die ihm die Folter zuerkennt, verkündet ist, so läßt man ihm zwey oder drey Tage Bedenkzeit. Wenn er nicht bekennt, so gehet die Tortur vor dem Richter, Aktuar und zween Zeugen vor sich, und zwar frühe Morgens, wenn er schon verdauet hat, und nicht so viele Leute dazu kommen. Im Halberstädtischen aber torquirt man auch Mittags und gegen Abend. Man giebt ihnen aber nichts zu essen, damit sie sich nicht erbrechen. Die Tochter wird in Gegenwart der Mutter, der Sohn in Gegenwart des Vaters gefoltert. Der Vater wird alsdenn eher und lieber bekennen, als den Sohn länger martern sehen. Wenn Frauens- und Mannspersonen das Juramentum purgatorium ablegen sollen, so muß es der Mann zuerst thun, weil die Weibspersonen wegen ihres Leichtsinns eher einen Meineid zu begehen im Verdacht sind, hier aber ist es umgekehrt. Unter mehrern wird zuerst der schwächere gefoltert. Man hat zwar von **Thomasius** eine Dissertation de Tortura e foris Christianorum proscribenda. Wer sie ließt, wird glauben, des **Thomasius** Meynung wäre, man sollte sie nicht leiden. Sie ist aber nur des Respondenten Arbeit. Denn **Thomasius** hat hinten beygesetzt, daß sie nicht aus seiner Feder geflossen, er sehe es als ein nothwendiges Uebel an. Das Hauptargument des Respondenten ist dieses: Entweder sey der Mensch schuldig oder unschuldig. Wer entschädigt ihn in diesem Falle wegen der Schmerzen? im erstern Falle, was soll man ihn doppelt martern? Allein man kann antworten, er ist

weder als schuldig, noch als unschuldig anzusehen. Also muß man die Wahrheit durch Zwang herausbringen. Man hat zwar viele Beyspiele, und Oldenkop, ein Braunschweigischer Jurist, sagt in seinen Cautelis criminalibus, besonders 45, daß Leute unschuldig torquirt worden seyen. Folgt aber daraus, also muß man die Tortur abschaffen? Keineswegs, sondern nur dieses, daß man vorsichtig damit verfahren müsse. Man hat genug Beyspiele, daß Zeugen mit Geld bestochen worden, folgt daraus, also muß man gar keinen hören?

§. 15 und 16.

Sollte nun der Inquisit sein auf der Folter gethanes Geständnis nicht bestättigen, sondern zurücknehmen, so wird die Tortur wiederholt, ja erhöhet, denn er macht sich durch den Wiederruf noch verdächtiger. Gesteht er nun wieder zum zweytenmal, und ratificirt es doch wieder nicht, so wird er zum drittenmal auf die Tortur gebracht, und ein Notarius dabey gebraucht, der ein Instrument über das Geständnis auf der Tortur macht, damit er es beym Gerichte nicht abläugnen kann. Denn man hat Fälle, daß Delinquenten zum drittenmal gestanden, auch ratificirt, und nachher erst an der Gerichtsstätte revocirt oder gesagt haben, daß sie nur gezwungen bekannt hätten. Wenn aber ein Instrumentum Notarii gemacht und öffentlich verlesen worden, so kann die Execution geschehen. Ist aber kein Notarius gebraucht worden, und der Dieb revocirt unter dem Galgen, so kann die Execution nicht vor sich gehen, sondern die Akten müssen verschickt und erkannt werden, ob demohngeachtet die Execution vor sich gehen könne? Wird es erkannt, z. B. wenn etwa keine nova Defensio sich gezeigt hat, so geht die Execution ohngeachtet des Wiederrufs doch vor sich, ob der Dieb schon läugnet. Soviel die Wiederholung der Tortur betrift, ist inter Crimina atrocia et atrocissima zu unterscheiden. Bey diesen kann es bis zum dritten Foltern, bey jenen nur zum zweyten kommen. Atrox heißt, darauf Köpfen, Hängen ꝛc. steht z. B. Furtum, Homicidium. Atrocissimum, darauf eine geschärfte Todesstrafe steht, z. B. mit Zangen reissen, auf Schleifen binden, wie beym Infanticidio, Sacrilegio, Incendio, Assassinio, u. s. w.

§. 17.

Manchmal, wenn der Dieb zweymal auf der Tortur gestanden hat, und erst das drittemal sein Geständnis nicht bestättigt, wird Poena extraordinaria, z. B. Carcer perpetuus oder der Festungsbau zuerkannt. Man sieht hieraus, daß es besser ist, wenn man die Wahrheit durch untadelhafte Zeugen herausbringen kann, die Folter nicht zuzuerkennen. Und es hindert nichts, wenn der Inquisit das Verbrechen nicht einbekennt hat. Genug wenn nur eines von beyden, entweder einbekannt, oder aber überwiesen vorhanden ist. Im 22 Art. der Halsgerichtsordnung heißt es: aus eigenem Bekennen oder Beweisungen.

Doch

Doch gilt dieß mehr von Delictis Facti permanentis. Bey Delictis Facti transeuntis wird schon eher Confessio erfordert.

§. 18.

Wenn der Delinquent die ganze Tortur ausgestanden hat, so wird er zwar losgesprochen, denn es ist der Verdacht, den er gegen sich gehabt hat, dadurch vertilgt worden, so daß er auch um deswillen nicht für unehrlich gehalten werden kann. Weil er doch aber durch den Verdacht, weswegen er auf die Tortur gekommen, Anlaß zu der Inquisition gegeben hat, so wird er in die Kosten verurtheilt, wenn er etwas hat. Von den Inquisitionskosten werden jedoch Sumtus Torturae abgezogen, diese muß der Richter geben. Die Universität zieht diese allezeit ab, wenn die Kosten gemässigt werden sollen. Wo aber nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verlohren, und muß also die Obrigkeit die Unkosten tragen. Hat er aber etwas, so muß er die Unkosten sowohl herschiessen, als derjenige, der ein Juramentum purgatorium abgelegt hat. Denn der hat doch auch durch seinen Verdacht, weswegen ihm das Juramentum purgatorium zuerkannt worden ist, die Unkosten verursacht, mithin heißt es: Wer die Unkosten verursacht, der muß sie auch bezahlen oder ersetzen. **Boehmers** Diss. de Expensis Crimin. Man muß hierbey inter Absolutionem ab Instantia et Actione einen Unterschied machen. Wenn einer die Tortur ausgestanden hat, wird er nur ab Instantia absolvirt, oder sine Sententia dimittirt, so daß nunmehr nichts mehr mit ihm angefangen wird. Allein wenn man neue Indicia findet, kann wieder von neuem inquirirt werden. Ferner, wenn viele Indicia eines gefährlichen Verbrechens auf einen herauskommen, und er steht doch die Tortur aus, so kann man ihn doch aus dem Lande verweisen, oder ins Zuchthaus, oder zum Festungsbau thun. Denn das ist eigentlich keine Strafe, sondern man besorgt nur das Beste des Staats, damit er demselben nicht schaden möge.

§. 19.

Wie verfährt man gegen einen abwesenden oder flüchtig gewordenen Verbrecher? Das erste ist, wenn er noch nicht weit weg ist, daß man ihm literas arrestatorias, Steckbriefe, an die benachbarten Obrigkeiten nachschickt. Wenn aber dieselben nichts fruchten, daß man nämlich dadurch seiner nicht habhaft werden kann, oder er ist schon lange weg, so wird er dreymal edictaliter citirt, und zum drittenmal: sub poena confessi et convicti. In Processu accusatorio wird er: ad Litem contestandam, in Inquisitorio: ad responsionem ad Articulos inquisitionales citirt. In Causis civilibus wird in Contumaciam contra absentem verfahren, er ist tanquam confessus. Dieses aber geht in criminalibus nicht an, da hier Probationes luce meridiana clariores erfordert werden. Hier muß nicht ficta, sondern vera Confessio vorhanden seyn. Erscheint er nun darauf

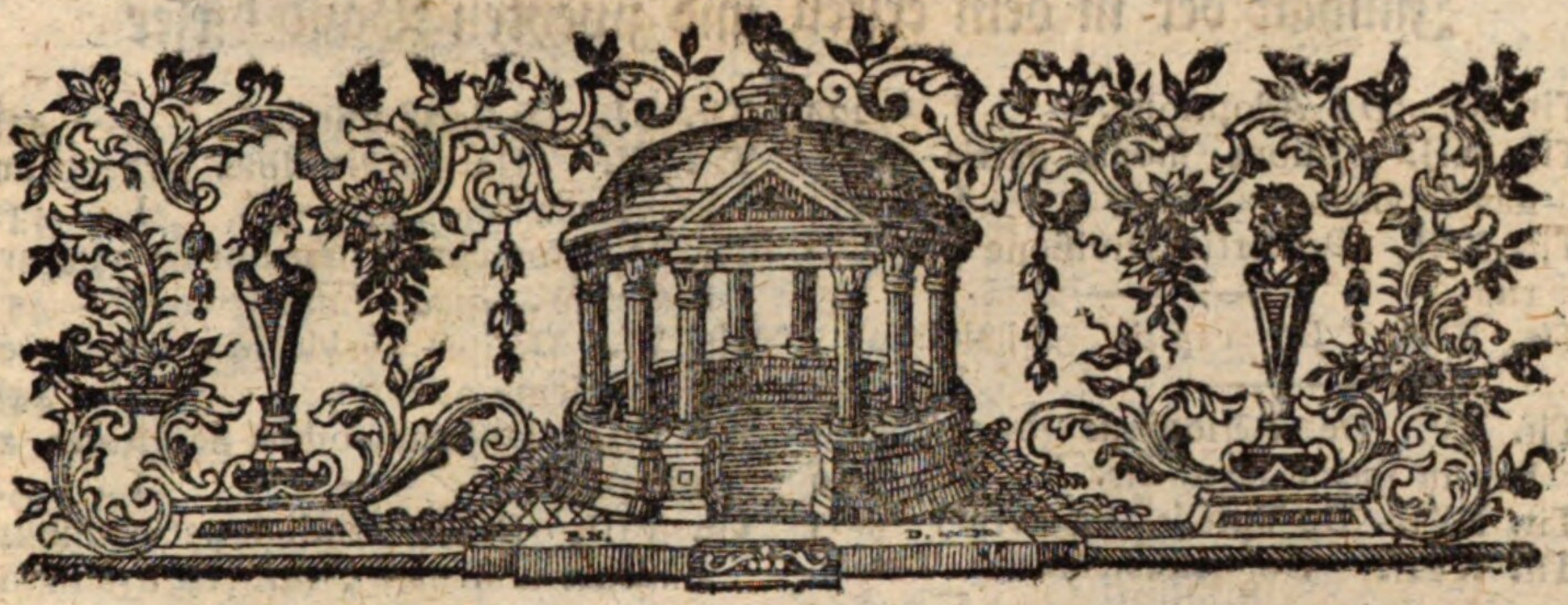
auf nicht, und es kömmt zur Landesverweisung, die auch gegen einen Abwesenden erkannt werden kann, so wird er verwiesen. Kömmts zu einer Geldstrafe, so wird dieselbe von seinem Vermögen genommen.

§. 20.

Kömmt es hingegen zu einer höhern Strafe, z. B. auf Leib und Leben, wenn einer z. B. wegen eines Halsverbrechens entwichen ist, so werden auch noch heut zu Tage seine Güter eingeschrieben, damit ihm nichts zugeschickt werden kann. Doch reicht man Weib und Kindern die Alimenten. Hingegen arrestirt man auch die Activa in den Händen der Debitorum. Kam er vor den Zeiten der Carolinae in einem Jahre nicht, so wurden ihm nach dem römischen Rechte die Güter confiscirt, das ist aber durch derselben Art. 206 verbothen worden, um den nächsten Erben wie auch den Gläubigern die Güter zu erhalten. Er wird hernach in Effigie gestraft, z. B. aufgehängt, oder in die Acht erklärt, d. i. es wird erkannt, daß er vom Leben zum Tode gebracht zu werden verdiene. Allein wenn auch einer in die Mordacht erklärt worden ist, und er wird nach etlichen Jahren erwischt, so wird deswegen doch noch nicht sogleich die Strafe an ihm vollzogen, sondern seine Defension muß ihm doch noch dagegen unverrückt bleiben. Unvertheidigt kann er nicht hingerichtet werden, da die Mordacht in poenam contumaciae erkannt, und er nur ficte pro confesso et convicto gehalten wird, welches aber zur Verurtheilung keineswegs, wohl aber zur Folter hinreichend ist. Mithin hat es bey der Mordacht bloß die Absicht, daß sich ein jeder seiner bemächtigen, und ihn dem Richter liefern könne. Weil aber doch seine Contumacia coercirt werden muß, so bewirkt dieselbe doch soviel, daß es keiner Beantwortung ad Articulos, noch einer Beweisführung bedarf, weil er schon pro confesso gehalten wird. Daß er aber ungestraft sollte getödtet werden können, das bewirkt die Acht nicht, kanns auch nicht bewirken. Und so ist es auch zu verstehen, wenn es heißt: er sey vogelfrey. Wie man nämlich einen Vogel fangen kann, so kann man auch einen solchen ungestraft wegnehmen. Es ist keine Beschimpfung, man wird nicht gestraft. Sein Leib, aber nicht sein Leben, ist jedermann frey.

§. 21.

Der sächsische Processus Banni ist weitläuftig, und kann davon Kayser in seinem Criminalproceß nachgelesen werden. Ludovici hat auch in der Einleitung zum peinlichen Proceß weitläuftig davon gehandelt.



Innhalt,

der in dem ersten und zweyten Bande dieser akademischen Reden befindlichen Titel und Bücher.

Die römischen Zahlen (I) (II) bedeuten den ersten oder zweyten Band, die teutschen Zahlen aber die Paginam im Bande.

Einige Bemerkungen über verschiedene allgemeine Begriffe von Verbindlichkeit, Gesetze, Recht und Rechtsgelehrsamkeit. I Pag. 1

Erstes Buch.

Vom Recht überhaupt und insbesondere der Personen.

Tit. I. Ron der Rechtsgelehrsamkeit und derselben Absicht, der Gerechtigkeit I -- 15
Tit. II. De Jure in genere. I -- 25
Tit III. Vom Recht der Personen, oder dem Zustande des Menschen, und der daraus entspringenden ersten Eintheilung derselben. I -- 130
Tit. IV. Von der zweyten Eintheilung der Personen und der herrschaftlichen Gewalt. I -- 138
Tit. V. Von der väterlichen Gewalt. I -- 147
Tit. VI. Von Verlöbnissen. I -- 152
Tit. VII. De nuptiis, sive matrimonio. I -- 181
Tit. VIII. De jure Dotium, et Donatione propter nuptias, item de Dotalitio. I -- 203
Tit. IX. De Divortiis. I -- 214
Tit. X. De Legitimatione. I -- 217

Innhalt der in dem erſten und zweyten Band dieſer

Tit. XI. De Adoptione. I -- 224
Tit. XII. Quibus, modis patria poteſtas ſolvitur. —— I -- 234
Tit. XIII. De tertia Diviſione perſonarum. —— I -- 239
Tit. XIV. De capitis Diminutione. —— I -- 253
Tit. XV. De Actionibus praejudicialibus in ſpecie ita dictis. I -- 256
Tit. XVI. De Tutelis in genere I -- 263
Tit. XVII. De teſtamentaria Tutela. —— I -- 265
Tit. XVIII. De Tutela legitima I - 271
Tit. XIX. De Tutela Dativa. I -- 276
Tit. XX. Qui petant Tutores vel Curatores et ubi petant. I -- 279
Tit. XXI. De adminiſtratione et periculo Tutorum vel Curatorum. I - 283
Tit. XXII. Von der Autorität der Vormünder und Einwilligung der Pfleger. —— I -- 297
Tit. XXIII. De Curatoribus in ſpecie. —— I -- 304
Tit. XXIV. Quibus modis tutela vel Cura finiatur. —— I - 309
Tit. XXV. De excuſationibus Tutorum et Curatorum. I -- 312
Tit. XXVI. De ſuſpectis Tutoribus vel curatoribus —— I -- 320
Tit. XXVII. De actionibus ratione Tutelae, curaeve competentibus I - 324
Tit. XXVIII. De aliis Curatoribus. —— I -- 330

Zweytes Buch.

De Jure rerum in genere et in ſpecie de Jure in re, ſeu Dominio late ſic dicto.

Tit. I. De rerum Diviſione et acquiſitione. —— I -- 337
Tit. II. De rebus corporalibus et incorporalibus, item mobilibus et immobilibus. —— I -- 414
Tit. III. De Servitutibus. I -- 418
Tit. IV. De Servitutibus urbanorum praediorum. —— I -- 431
Tit. V. Communia praediorum tam urbanorum, quam ruſticorum. I - 441
Tit. VI. De ipſa Servitute conſtituta et inde oriente actione. I -- 448
Tit. VII. Quemadmodum Servitutes amittantur. —— I -- 454
Tit. VIII. De Servitutibus perſonalibus, nimirum uſufructu, uſu et habitatione. —— I -- 460
Tit. IX. De Vſucapionibus et Praeſcriptionibus. —— I -- 484
Tit. X. De Donationibus mortis cauſa et inter vivos. I -- 521
Tit. XI. De perſonis, qui poſſunt transferre Dominium, ſive de iis, quae alienare poſſunt, vel non, et per quas perſonas cuique acquiritur. I - 547
Tit. XII. De Dominii effectu et natura, ejus diviſionibus, ac in ſpecie de Emphyteuſi et ſuperficie. I -- 554
Tit. XIII. De Actione ex Dominio ſingulari fluente, ſeu Rei Vindicatione. —— I -- 582
Tit. XIV. De Actione ad exhibendum. —— I -- 597
Tit. XV. De Dominio univerſali, ſeu Jure haereditario, ac in ſpecie de Teſtamentis et ultimis voluntatibus. —— I -- 600
Tit. XVI. De Teſtamento militari et aliis minus ſolennibus, ſeu privilegiatis Teſtamentis. I - 623
Tit. XVII. De heredum inſtitutione in genere et in ſpecie de Liberis et poſthumis, ut et Parentibus et Fratribus, ſororibusve inſtituendis et exheredandis. —— I -- 639
Tit. XVIII. De heredibus extraneis inſtituendis et de conditionibus Inſtitutionum. —— I -- 654
Tit. XIX. De Subſtitutionibus. I - 668

Tit

Tit. XX. Quibus modis Teſtamenta infirmentur. —— I -- 687
Tit. XXI. De inofficioſis Teſtamentis ut et de legitima. I -- 696
Tit. XXII. De his, quibus ut indignis hereditas aufertur. I -- 707
Tit. XXIII. De heredum qualitate et differentia, ut et de acquirenda vel omittenda hereditate, ejusdemque transmiſſione, nec non de Jure accreſcendi et apertura Teſtamenti. I - 710
Tit. XXIV. De Legatis. I -- 733
Tit. XXV. De Lege Falcidia. I -- 777
Tit. XXVI. De Fideicommiſſo univerſali, ſeu de fideicommiſſariis hereditatibus et Senatusconſulto Trebelliano. —— I -- 785
Tit. XXVII. De Fideicommiſſis particularibus, ſeu ſingularibus. I -- 803
Tit. XXVIII. De Codicillis. I -- 805
Tit. XXIX. De Executoribus teſtamentariis. —— I -- 812
Tit. XXX. De hereditatibus ab inteſtato. —— I -- 814
Tit. XXXI. De Bonorum poſſeſſionibus. —— I -- 838
Tit. XXXII. De Diviſione hereditatis et Collatione Bonorum. I -- 844
Tit. XXXIII. De hereditatis petitione, querela inofficioſi, et Actione familiae herciſcundae. —— I -- 858
Tit. XXXIV. De Succeſſione extraordinaria anomala ex pactis ſeu ſucceſſione conventionali. I -- 869
Tit. XXXV. De Jure pignoris. I - 887
Tit. XXXVI. De Jure poſſeſſionis. I - 912
Tit. XXXVII. De Interdictis ſeu remediis poſſeſſoriis. I - 921

Drittes Buch.

De Jure ad Rem et Obligatione.

Tit. I. De Jure ad rem et obligatione in genere. —— II Pag. 1
Tit. II. De Pactis in ſpecie. II -- 13
Tit. III. De Contractibus in genere. —— II -- 23
Tit. IV. De contractibus propriis iisque nominatis, nec non de realibus in genere, ac in ſpecie de mutuo. II - 57
Tit. V. De Commodato. II. -- 65
Tit. VI. De Depoſito. II -- 71
Tit. VII. De Contractu pignoris. II - 78
Tit. VIII. De Stipulatione. II -- 83
Tit. IX. De Fidejuſſoribus. II -- 86
Tit. X. De duobus Reis. II -- 100
Tit. XI. De Contractibus conſenſualibus in genere et in ſpecie de Emtione et Venditione. —— II -- 104
Tit. XII. De Locatione Conductione. —— II -- 148
Tit. XIII. De contractu emphyteutico. —— II -- 163
Tit. XIV. De Societate. II -- 170
Tit. XV. De Mandato. II -- 182
Tit. XVI. De Contractu chirographario. —— II -- 199
Tit. XVII. De Contractibus innominatis. —— II -- 208
Tit. XVIII. De quaſi Contractibus. —— II -- 223
Tit. XIX. De actionibus ratione geſtorum ab aliis contra nos competentibus. —— II -- 249
Tit. XX. De quibusdam pluribus contractibus communibus. II -- 263
Tit. XXI. Quibus modis tollatur obligatio ex contractu. II -- 291
Tit. XXII. De in integrum Reſtitutione. —— II -- 319
Tit. XXIII. De delictis in genere et in ſpecie de delictis privatis. II -- 341
Tit. XXIV. De extraordinariis criminibus. —— II -- 371
Tit. XXV. De criminibus popularibus. —— II -- 382
Tit. XXVI. De quaſi Delictis. II - 384

Tit. XXVII. De actionibus noxalibus. II -- 390
Tit. XXVIII. De publicis Judiciis. II -- 398
Tit. XXIX. De remissione poenarum et abolitione delictorum. II -- 453

Viertes Buch.

De Ratione et modo Jus suum persequendi in Judicio.

Tit. I. De Transactionibus. II -- 461
Tit. II. De Judiciis. II -- 478
Tit. III. De Actore et Reo. II -- 484
Tit. IV. De Judice ejusque Jurisdictione. II -- 491
Tit. V. De Foro competente. II - 505
Tit. VI. De Judicis habilitate. II - 523
Tit. VII. De causa in Judicium deducta. II -- 526
Tit. VIII. De forma procedendi seu ipso ordine procedendi in Judicio. II - 529
Tit. IX. De iis quae fiunt in Judicio. II -- 556
Tit. X. De exceptionibus peremtoriis. II -- 560
Tit. XI. De probatione. II -- 565
Tit. XII. De Jure jurando. II -- 595
Tit. XIII. De conclusione causae. II -- 615
Tit. XIV. De Sententia Judicis. II -- 619
Tit. XV. De quibusdam Intervenientibus in Judicio. II -- 624
Tit. XVI. De Processu Arresti. II -- 628
Tit. XVII. De Processu Summario. II -- 631
Tit. XVIII. De Processu executivo. II -- 636
Tit. XIX. De Processu secundae *Instantiae*. II -- 640
Tit. XX. De executione Sententiae. II -- 660
Tit. XXI. De Processu criminali. II -- 663

Register.

A.

Abfindung mit den Kindern, wann sie geschehen müsse? I 272.
Abactio partus S. Abtreibung der Geburt.
Abigeatus. Erklärung davon II 375.
Abolition II 453 was dabey supponirt werde II 454 was die Abolition supponire II 455.
Abtreibung der Geburt II 372.
Abwesender, wer dafür zu halten I 330 Solchen wird ein Curator gesetzt I 331 Pflicht und Vortheil solcher Curatoren ib. wann ein Abwesender pro mortuo zu halten I 333.
Acceptilatio II 300.
Accession I 367 deren Eintheilung in naturalem, artificialem et fortuitam. I 367 - 399.
Accessorium I 367.
Accusationsproceß II 399 S. auch Processus accusatorius.
Actiones, wie ferne Actiones, die auf eine Strafe gehen, die Erben verbinden I 541.
Actio ad exhibendum I 597 - 600.
Actio aquae pluviae arcendae II 96.
Actio confessoria I 450 deren Eintheilung in affirmativam und negativam I 451 von der Actione confessoria utili I 453.
Actiones contrariae II 29.
Actio de albo corrupto II 382.
Actio de dejectis vel effusis II 385.
Actio de eo, quod certo loco II 264 seq.
Actio de in rem verso II 250 sq.
Actio de partu agnoscendo I 259 sq.
Actio de pastu II 393.
Actio de pauperie II 391.
Actio de peculio II 251.
Actio de posito aut suspenso II 386.
Actio de rationibus distrahendis et dispungendis I 326.
Actio de recepto II 247.
Actiones directae II 29.
Actio familiae herciscundae I 866 sq.
Actio finium regundorum S. Grenzen.
Actio negatoria I 451 sq.
Actiones noxales II 390 sq.
Actio Pauliana I 548 sq. I 907.
Actio Publiciana I 593 sq.
Actiones personales I 504 sq.
Actio popularis II 382 sq.
Actiones praejudiciales II 256 sq.
Actio quanti minoris II 271.
Actio quasi serviana I 902 sq.
Actio quod jussu II 249 sq.
Actio redhibitoria. S. Edictum aedilitium.
Actio rescissoria I 596 sq.
Actio serviana I 597 sq.
Actio subsidiaria I 329.
Actio tutelae I 325 sq.
Actiones utiles I 457.
Actor II 488.
Actorium II 488.
Adel I 244 sq.
Addictio in Diem II 114 sq.
Adjunction ist species accessionis artificialis I 381.
Admodiation II 153.
Adoption und deren Eintheilung I 224 sq.
Adplumbatura I 386.
Advisbriefe II 216 sq.

Advokaten können nicht angehalten werden ad arcana causae patefacienda, licet non amplius advocati sint II 583 wie sie von Procuratoribus unterschieden II 481 sq.
Aediles II 265 sq.
Aedilitium edictum. S. Edictum aedilitium.
Aemulation (Eifersucht) II 398.
Afferrumination I 386.
Ager arcifinius I 369.
Albinagii Jus I 242.
Alienation (Veräußerung) I 547.
Alimenta I 151 dahin gehören auch die sumtus studiorum ib. und das Begräbnis I 199.
Alluvion I 368.
Ambitus crimen II 450.
Anatocismus II 284 sq.
Annehmung an Kindesstatt. S. Adoption.
Annui reditus II 288 sq.
Antichresis. S. Pactum antichreticum.
Anverwandte I 160 sq.
Apostoli, sind vel reverentiales vel refutatorii II 654 sq.
Appellation, wo sie statt habe, und wie man sich dabey zu verhalten habe II 647 sq.
Aggratiation (Begnadigung) II 453 sq.
Appulsion. S. Alluvion.
Aqua ist vel quotiana, vel aestiva, vel castellaria I 931 sq.
Aquae haustus I 427 sq.
Arbitrator II 503 sq.
Arbitri II 503 sq. Super = arbiter II 504 seq.
Armenta II 376.
Arrha, wird in signum perficiendi contractus gegeben II 117.
Arrest II 628 sq.
Arrogation. S. Adoption.
Assassinium (Meuchelmord) ist vel proprium vel improprium II. 438.
Assecuration II 219 sq.
Assecurator II 220.
Auslegung S. Interpretation.
Austregae, sind vel legales vel conventionales II 520 sq.

B.

Bannum II 680.
Bauern I 143.
Beicht II 583 sq.
Besitzer ist entweder verus vel fictus I 583 was ratione restitutionis fructuum für ein Unterschied seye inter bonae et malae fidei possessorem I 587 sq.
Beneficium abstinendi I 712 sq.
Beneficium cedendarum actionum II 96 seq.
Beneficium deliberandi I 719 sq.
Beneficium divisionis II 94 sq. das Beneficium divisionis haben auch correi debendi II 103 was Beneficium divisionis in Ansehung der Vormünder sey I 288.
Beneficium excussionis II 93 sq. das Beneficium excussionis hat auch ein tertius, welcher actione hypothecaria belangt wird I 904 sq.
Beneficium inventarii I 720 sq.
Beneficium ordinis I 288.
Beschluß. S. Conclusio causae.
Bestechungen. S. Repetundarum crimen.
Beutelschneiderey. S. Sacculariatus.
Beweiß, dessen Eintheilung in solennem et minus solennem II 565 sq. in artificialem et inartificialem II 566 sq. in plenam vel semiplenam minorem II 567 sq. Beweißkraft der Handelsbücher II 572 sq. Collision der Beweise II 594 sq.
Beweißartikel, wie sie übergeben und dem andern Theile ad formandum interrogatoria communicirt werden müssen II 585 sq. was nicht im Libell enthalten, kann nicht in articulos gebracht werden II 568 seq.
Beweißtermin II 569.

Beyschlaf. S. Früher Beyschlaf.
Bienen I 360 sq.
Bigamie, est vel materialis vel formalis II 422 sq.
Blasphemie, ist vel immediata vel mediata II 404 sq.
Blutschande. S. Incestus.
Bodenzins. S. Grund- und Bodenzins.
Bodmerey II 221.
Bona ereptitia I 707.
Bona fides. S. Usucapion. Praescriptio longissimi temporis.
Bona libellaria II 165.
Bonorum possessio ist so viel als successio I 838 sq. sie ist vel edictalis vel decretalis I 839.
Bonorum possessio Carboniana I 842 sq.
Bürger I 239 seq. deren Eintheilung I 244 sq.
Bürgerrecht ist vel universale, vel provinciale, vel locale I 242 sq.
Bürgschaft II 86 sq. wer sich verbürgen könne II 88 sq. die Obligation eines Bürgen II 92 sq. die Rechtswohlthaten, welche ein Bürge genießen kann II 93 sq.
Bräutigam I 188 sq.

C.

Cammergerichtsassessores I 221.
Cammergüter I 339 sq.
Capitis diminutio, Eintheilung derselben in maximam, mediam, minimam I 253 seq.
Castraten, können nicht heyrathen I 182 seq.
Capaunenheyrathen sind nicht zuläßig I 182 sq.
Casus fortuitus II 42 sq. auf wie vielerley Art er sich zutragen könne II 43 seq. auf wen er redundire II 43 sq. auch per pactum kann einer casum fortuitum übernehmen II 44 sq. wenn casus fortuitus zu prästiren, so ist zu untersuchen, ob nicht dolus oder culpa selbigen veranlaßt II 46 sq.
Causa II 526 sq. sie ist vel ecclesiastica vel secularis II 527 vel realis vel personalis ib.
Causa debendi II 84 sq.
Caution II 546 sq. sie ist vel promissoria, vel fidejussoria, vel juratoria II 547 sq.
Cautio damni infecti II 395 sq.
Cautio Mutiana I 663.
Cautio rati II 482 sq.
Cautio usufructuaria I 471 sq. sie ist vel fidejussoria, vel pignoratitia, vel juratoria I 471 sq.
Cession II 303 wie ferne bey der Cessions nominis die Eviction zu prästiren II 279 seq.
Census. S. Zinß.
Chatullgelder. S. Patrimonialgüter.
Citation II 533 sq. sie ist vel publica, vel privata II 535 sq. vel verbalis vel realis II 537 sq. vel mediata vel immediata ib.
Clausula codicillaris. S. Codicill.
Cloac I 937 sq.
Codicill, deren Beschaffenheit, Verschiedenheit von dem Testamente, wer sie machen könne, und wie sie gemacht werden müssen I 805 sq.
Cognation. S. Anverwandte.
Colonus II 153.
Collation, wann sie geschehe, und wer dazu angehalten werden könne I 847 sq.
Collegia I 245.
Commissarii II 502.
Commodatum II 65 sq.
Compensation, verschiedene Arten derselben, wann und wie sie geschehe II 306 sq.
Commixtion I 385 sq.
Conclusio causae II 615 sq. sie ist vel expressa vel tacita, und geschieht vel pure vel sub conditione II 616 sq.
Concubinat II 428 sq.
Concurs I 547 sq. wenn einer an verschiedenen

denen Orten Boutiken gehabt, und bankerot wird, ſo giebt es fora particularia Concurſus II 317 ſq.
Condictio cauſa data cauſa non ſecuta II 238 ſeq.
Condictio ob turpem cauſam II 387 ſq.
Condictio ſine cauſa II 241 ſq.
Condictio triticiaria II 263 ſq.
Conditionen, werden eingetheilt in poteſtativas, caſuales, mixtas I 660 ſq. Sie ſind ferner vel ſuſpenſivae vel reſolutivae II 53 ſq.
Confrontation II 671 ſq.
Confuſio, iſt ein Actus, wodurch das creditum und debitum in Einer Perſon zuſammenkommen II 314 ſq.
Confuſion, iſt eine ſpecies acceſſionis artificialis I 283 ſq.
Conſilium, deſſen Verſchiedenheit von einem Mandato II 188 ſq.
Conſtitutiones principum I 33 ſq.
Conſtitutum poſſeſſorium I 408 ſq.
Conſumtion iſt vel civilis vel naturalis II 59 ſq.
Continentia cauſae II 515 ſq.
Contractus, ihre Verſchiedenheit von pactis, nebſt ihren mannigfaltigen Eintheilungen II 23 ſq.
Contractus ſimulatus, non valet qua ſimulatus, ſed qua verum continet negotium II 106 ſq. auch kann einer ex contractu alieno belangt werden II 249 ſeq.
Contractus aeſtimatorius II 210 ſq.
Contractus chirographarius II 199 ſq.
Contractus claudicantes I 299 ſq.
Contractus emphyteuticus II 163 ſq.
Contractus innominati II 208 ſq.
Contractus, do, ut facias II 218 ſq.
Contractus, facio, ut des II 221 ſq.
Contractus, facio, ut facias II 222 ſq.
Contractus pignoratitius II 78 ſq.
Contractus Socidae II 159 ſq.
Contradictor I 334 ſq.
Contumacia, iſt vel vera vel ficta II 542 ſq. wann poena contumaciae ſtatt habe II 543 ſq.
Conventicula II 379 ſq.
Copulation I 186 ſq.
Corpus delicti II 669 ſq.
Correi, werden eingetheilt in correos credendi und debendi II 100 ſq.
Corruption. S. Repetundarum crimen.
Crimen laeſae majeſtatis II 403 ſq.
Culpa, deren Eintheilung in latam, levem et leviſſimam II 33 ſq. wornach die Praeſtatio culpae zu beurtheilen II 37 ſeq.
Curatel, deren Unterſchied von der Tutel I 304 ſq. deren Eintheilung I 306 ſeq. von dem Curatore einer Gantmaſſe I 334 ſq.

D.

Damnum injuria datum. S. Lex Aquilia.
Dardanariatus II 373 ſq. deſſen Beſtrafung II 447 ſq.
Darlehen. S. Mutuum.
Debitum conjugale. S. Eheliche Pflicht.
Decreta I 40 ſq.
Decuriones I 223 ſq.
Defenſion II 676 ſq.
Delegatio II 302 ſq.
Delictum. S. Verbrechen.
Deportation I 254.
Depoſitum, deſſen Eintheilung II 71 ſq. wie ein Depoſitum zu erſetzen II 73 ſq. wie Depoſitum juris und facti differiren II 305 ſq.
Dereliction I 411 ſq.
Deſertion I 215 ſq. wie der Deſertionsproceß anzuſtellen I 194 ſq.
Detention I 399 ſq.
Diebſtahl II 344 ſq. deſſen verſchiedene Arten II 345 ſq. deſſen Beſtrafung II 346 ſq.

Dies denicales I 717.
Dies, iſt vel certus vel incertus I 763 ſeq.
Dies legati cedit et venit I 764 ſq. vom Die contractibus adjecto. S. Contractus.
Dienſte. S. Frohndienſte.
Dienſtbarkeit. S. Servitus.
Diffamation. S. Remedium ex lege diffamari.
Dilation II 545 ſq. Dilation muß auch dem vergönnet werden, der pure zu bezahlen verbunden iſt II 51.
Directorium beym Zeugenverhör II 585 ſq.
Diſpenſationen I 41 ſq. worauf bey Ehediſpenſationen zu ſehen I 175 ſq.
Diſputationes fori I 35 ſq.
Domainen. S. Cammergüter.
Dolus, iſt vel bonus vel malus II 31 327 ſq.
Doctores I 244.
Donation, deren Eintheilung I 521 ſeq.
Donatio mortis cauſa I 522 ſq.
Donatio inter vivos I 531 ſq. wie eine Schenkung beſchaffen ſeyn müſſe, wenn ſie gültig ſeyn ſolle I 535 ſq. wie viel man verſchenken könne I 537 ſq. was man für eine Klage gegen den Schenkenden, der ſein Verſprechen nicht halten will, anzuſtellen habe I 539 ſq. In welchen Fällen die Schenkungen unter Eheleuten erlaubt ſeyen I 545 ſq.
Donatio propter nuptias I 209 ſq. wann ſie verlohren gehe I 215 ſq.
Dos. S. Heyrathgut.
Dotalgüter, kann der Mann nicht alieniren I 547 ſq. S. auch Heyrathgut.
Dotalitium I 213 ſq.
Duplik II 563 ſq.

E.

Edelleute I 244.
Edicta I 36 ſq.
Edictum aedilitium II 266 ſq.
Edicta praetorum I 35 ſq.
Edictum perpetuum I 36 ſq.
Effeſtucatio I 407 ſq.
Effractio carceris II 377 ſq.
Ehen, welche verboten und welche nicht I 166 ſq. die Abſichten der Ehe I 181 ſq. welche Perſonen zur Ehe tüchtig I 183 ſq. von den Feyerlichkeiten bey Schließung der Ehe I 186 ſq. wann eine Ehe für nichtig erklärt werde I 215 ſeq.
Ehebruch II 416 ſq.
Eheleute I 194 ſq. deren gegenſeitige Rechte und Pflichten I 195 ſq. von der Succeſſione conjugum I 833 ſq.
Eheliche Pflicht I 195 ſq.
Ehel ches Unvermögen I 217 ſq.
Eheſcheidung I 214 ſq.
Eheverlöbniſſe. S. Verlöbniſſe.
Eid. S. Jurament.
Eigenthum I 337 ſq.
Eigenthumsrecht I 347 ſq. wie das Eigenthum beſchränkt werden könne I 554 ſq. verſchiedene Eintheilungen des Eigenthums. I 555 ſq.
Einkindſchaft I 231 ſq. 870 ſq.
Eiſern Vieh. S. Contractus ſocidae.
Emancipation und deren Eintheilung I 236 ſq.
Emphyteuſis I 556 ſq
Emtio venditio I 106 ſq.
Enkel I 267 ſq.
Enterbung, wann und wo und wie ſie ſtatt habe I 645 ſq.
Erbe I 601 ſq. von der Qualität der Erben I 710 ſq.
Erbrecht I 600 ſq.
Erbeinigung I 870 ſq.
Erbeinſetzung I 640 ſq.
Erbleihgüter I 572 ſq.
Erbſchaft und was damit verknüpft iſt I 601 ſq.
Erbverbrüderung I 870 ſq.
Eviction II 273 ſq.
Exceptiones II 549 ſq.
Exceptiones dilatoriae II 551 ſq.
Exceptio doli II 561.
Exceptio non numeratae pecuniae. S. Contractus chirographarius.
Exceptiones peremtoriae II 560 ſq.
Execution II 660 ſq.

Exercitor II 251 sq.
Exhäredation. S. Enterbung.
Exposito infantum II 373 sq.
Expromission II 87 sq.

F.

Factor. S. Institor.
Falcidia. S. Lex falcidia.
Falsum II 444 sq.
Falsae monetae crimen II 445 sq.
Familiae I 258 sq.
Fasanen I 346 sq.
Fiction I 364 sq.
Fideicommiß, dessen Eintheilung I 785 sq. modus acquirendi Fideicommissum I 794 sq.
Fische I 359 sq.
Fiscus I 649 sq.
Finden I 413 sq. Finden hat nur bey herrenlosen Sachen statt I 365 sq.
Forum II 505 sq.
Forum competens II 505 sq.
Forum domicilii II 506 sq.
Forum generale, speciale II 508 sq.
Forum contractus II 509 sq.
Forum per arrestum II 514.
Forum ecclesiasticum II 517 sq.
Fremde I 240 sq.
Freyheit I 137 sq.
Freyen I 237 sq.
Freye Pürsch I 359 sq.
Frohndienste I 143 sq.
Fructus, verschiedene Arten derselben I 394 sq.
Früher Beyschlaf I 188 sq.
Furcht II 321 sq.

G.

Ganerbinat I 871 sq.
Gant. S. Concurs.
Geburt I 133 sq.
Gegenvermächtnis. S. Donatio propter nuptias.
Gefängniß. S. Effractio carceris.
Gegenbeweiß II 590 sq.
Gemeinschaft II 233 sq.
Gerade I 822 sq.
Gerechtigkeit I 18 sq.
Gericht. S. Judicium.
Gerichtbarkeit II 478 sq. was dazu erfordert werde II 480 sq.
Gesetze I 90 sq.
Gewalt, herrschaftliche I 139 sq.
Götter I 341 sq.
Gemälde. S. Pictura.
Gewehrleistung. S. Eviction.
Gewohnheitsrecht I 49 sq.
Gräber II 375
Gränzen und deren Eintheilung II 243 sq.
Gränzsteine II 244 sq.
Gränzverrückung II 379.
Großmutter I 274 sq.
Großvater I 275 sq.
Grund- und Bodenzinß I 576 sq.
Gütergemeinschaft I 176 sq.
Grade der Verwandtschaft und deren Computation I 160 sq.

H.

Habitatio I 476 sq.
Haserey. S. Lex Rhodia de jactu.
Halbgeschwister I 161 sq.
Handelsbücher. S. Beweiß.
Handwerker I 249 sq.
Handwerksmißbräuche I 251 sq.
Hauptrecht I 146 sq.
Heergeräthe I 822 und 833.
Heerstraßen I 425 sq.
Haereditatis petitio I 859 sq.
Hermaphroditen I 131 sq.
Heyrathgut I 203 sq.
Hexerey. S. Magie.
Homicidium II 431 sq.
Hundetragen I 248
Hundsfott I 249.
Hypotheca. S. Unterpfand.

J.

Jactatio missilium I 410 sq.
Jagd I 353 sq.
Ignorantia II 48 sq.
Immixtion I 712 sq.
Imperium II 497 sq.
Impotentia. S. Eheliches Unvermögen.

Inädification I 387.
Incendium II 441 sq.
Incestus II 423 sq.
Incolae I 240 sq.
Indebitum II 237 sq.
Indigenatus Jus I 242 sq.
Insamia I 245 sq.
Injurie II 352 sq. deren Eintheilung in realem et verbalem II 353 sq.
Innungsartikel I 60 sq.
Inquilinus II 153.
Inquisition II 665.
Inquisitionsproceß II 383 dabey kann die Stelle des Actoris auch zuweilen per famam vertreten werden II 481 sq.
Inrotulation II 617 sq.
Inspectio legalis II 432 sq.
Instanz II 530 sq.
Institor II 254 sq.
Instrumenta II 570 deren Eintheilung in publica und privata ib. sie werden durch rasuras in substantialibus verdorben II 636 sq.
Insuln I 371 sq.
Interdicta I 921 sq.
Interdicta adipiscendae, recuperandae, retinendae possessionis I 923 sq. und 929 sq.
Interdictum quorum bonorum I 924 sq.
Interdictum quod legatorum I 926 sq.
Interdictum Salvianum I 927 sq.
Interdictum de aquae haustu et pecoris ad aquam appulsu I 935 sq.
Interdictum de aqua quotidiana et aestiva I 931 sq.
Interdictum de rivis I 933 sq.
Interdictum de cloacis I 936 sq.
Interdictum de cloacis publicis I 937 sq.
Interdictum de fonte I 936 sq.
Interdictum de itinere et actu I 931 sq.
Interdictum de superficiebus I 929 sq.
Interdictum quod vi aut clam I 938 sq.
Interdictum unde vi I 939 sq.
Interdictum uti possidetis I 928 sq.
Interdictum utrubi I 929 sq.
Interpellation I 514 sq.
Interpretation I 63 sq.
Intervention II 626 sq.
Inventarium I 721 sq.
Juden, wie sie ihre Eide abzulegen haben II 595 sq. Sie müssen sich in Ansehung der Polygamie nach christlichen Gesetzen richten I 191.
Judex pedaneus II 491.
Judicium, dessen mannigfaltige Bedeutung II 479 sq.
Jumenta II 376.
Jurament II 595 dessen Eintheilungen II 597.
Juramentum calumniae II 624 sq.
Juramentum dandorum II 559.
Juramentum editionis II 577 sq.
Juramentum expensarum II 597 sq.
Juramentum in litem II 609 sq.
Juramentum litis decisorium II 597 sq.
Juramentum manifestationis II 593.
Juramentum minorationis II 613 sq.
Juramentum necessarium II 604 sq.
Juramentum purgatorium II 606 sq.
Juramentum respondendorum II 559 sq.
Juramentum singularis Interesse II 613 seq.
Juramentum suppletorium II 605 sq.
Juramentum Zenonianum II 613 sq.
Jurisconsultus. S. Rechtsgelehrter.
Jurisprudentia. S. Rechtsgelehrsamkeit.
Jus, dessen mancherley Bedeutungen I 25.
Jus accrescendi I 725 sq.
Jus ad rem I 347 sq.
Jus in re I 348 sq.
Jus civile I 30 sq.
Jus civile scriptum I 30 sq.
Jus civile non scriptum I 31 sq.
Jus XII Tabularum I 34 sq.
Jus gentium I 28 sq.
Jus naturae I 26 sq.
Jus repraesentationis I 826.
Jus suitatis I 711 sq.
Justitia. S. Gerechtigkeit.

K.

Kalkbrennen I 430 sq.

Kaufcontrakt. S. Emtio venditio.
Kinder haben schon bey Lebzeiten der Eltern ein Dominium auf ihrem Vermögen, I 643 Sie müssen in ihren testamentis inter parentes alle Solennitäten beobachten I 634 sq. Sie dürfen ihrer Eltern Facta nicht prästiren, wenn sie nicht beneficio parentum, sondern Jure proprio succediren I 849.
Kirchhöfe I 343 sq.
Klagschrift. S. Libell.
Kläger II 485 sq.
Knechte I 553 sq.
Knechtschaft I 137 sq.
Koppelweide I 429 sq.
Kriegsgefangene I 138 sq. Es ist juris gentium, sie ranzioniren zu lassen I 362 sq.

L.

Laesio ultra dimidium II 143 sq.
Landfriedensbruch II 443 sq.
Latrocinium II 437 sq.
Laudemium (Lehenwaare) I 564 sq. von der Quantitate Laudemii II 168 sq.
Legate I 733 sq. wie sie gemacht werden müssen I 734 sq. welche Sachen legirt werden können I 736 sq.
Legatum annuum I 739 sq.
Legatum Servitutis realis I 742 sq.
Legatum dotis conditionale, vel purum I 743 sq.
Legatum generis I 746 seq.
Legatum rei fungibilis I 748 sq.
Legatum fundi instructi et cum Instrumento I 749 sq.
Legatum Penus I 751 sq.
Legatum suppellectilis I 752.
Legatum auri et argenti I 752 sq.
Legatum alimentorum I 755 sq.
Legatum liberationis I 757 sq.
Legatum poenae I 761 sq.
Leges. S. Gesetze.
Legitimation, bey welchen Kindern sie statt habe I 218 sq. verschiedene Arten derselben I 221 sq.
Lehen, bedeutet nicht immer ein Feudum, sondern auch zuweilen bona emphyteuticaria II 166 sq.
Lehen, nannten die Teutschen alles, in dessen Besitz man sich nicht völlig eigenthümlich befindet I 559.
Leibeigenschaft I 142 sq.
Lenocinium II 430 sq.
Leuteration II 643 sq.
Levis notae macula I 249 sq.
Leyhen, wie es vom Lehnen unterschieden II 60 sq.
Lex Aquilia II 366 sq.
Lex commissoria. S. Pactum commissorium.
Lex Cornelia I 364 sq.
Lex falcidia I 777 sq. verschiedene Fälle, wo die Falcidia wegfällt I 783 sq.
Lex regia I 33 sq.
Lex Rhodia de jactu II 257 sq.
Libell, wie es von Supplication differire, und einzurichten seye II 531 sq.
Libellaria bona I 580 sq.
Linea, ist entweder recta oder collateralis, ascendens oder descendens I 162 sq.
Liquidum II 307 sq.
Litiscontestatio II 557 sq.
Litis denunciatio II 626.
Litis reassumtio II 627 sq.
Locatio conductio II 148 sq.
Lochbäume II 242
Luft I 337 sq.

M.

Magie, Daemonomania II 407 sq.
Magister navis. S. Exercitor.
Magius I 360.
Mahlerey. S. Pictura.
Majorennität I 302.
Mandatarius II 183.
Mandatum II 182 sq. dessen Eintheilung II 183 sq. forma mandati II 187.
Mandata I 36 sq.
Mandata cum et sine clausula II 538 sq.
Mantelkinder I 221 sq.
Mann, wozu solcher als Caput familiae verbunden I 195 sq.

Mannspersonen und deren Rechte I 130 sq.
Mascopey II 170.
Mastupration II 427 sq.
Mauer, wer solche bey der Servitute oneris ferendi erhalten müsse I 431 sq.
Mauern, warum deren Uebersteigung bey Römern capital gewesen I 346.
Meer I 338 sq.
Meineid II 406 sq.
Menschen, deren Eintheilung I 130 sq.
Metus. S. Furcht.
Milchzoll II 416.
Mimi I 649.
Minderjährige I 719.
Modus acquirendi I 350 sq.
Moeniana I 434.
Moratorium II 553.
Mortis causa capio I 530 sq.
Monstra I 136.
Mühle I 340.
Mutter, kann die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen, wenn sie will I 274 sq.
Mutuum II 59 sq.
Mutuo accipiens, mutuatarius II 60 sq.
Mutuum pecuniarium II 64 sq.

N.

Nachläßigkeit. S. Culpa.
Nachtigallen I 346.
Näherrecht II 123. S. Retractus.
Naturrecht S. Jus naturae.
Negotiorum gestio II 225 sq.
Negotiorum gestor II 226 sq.
Nestelknüpfen I 185 sq.
Nothwehr. S. Homicidium.
Novation II 301 sq.
Novi operis nunciatio I 943 sq.
Noxa II 390 sq.
Nullität II 640 sq.
Nutzungen. S. Fructus.

O.

Obervormund I 267 sq.
Occupatio I 350 sq.
Objectum juris I 114 sq.
Oblatio II 303 sq.
Obligatio I 91 sq. deren Eintheilungen I 93 sq. II 4 sq.
Obsignatio (Versieglung) I 721 sq.
Obstagium I 573 sq.
Onania II 427 sq.

P.

Pacta II 13 sq.
Pactum addictionis in Diem. S. Addictio in Diem.
Pactum antichreticum I 892 sq.
Pactum commissorium in pignore I 893 seq.
Pactum non nudum II 16 sq.
Pacta adjecta II 17 sq. von den substantialibus, naturalibus et accidentibus pactorum II 18 sq.
Pactum quod circa substantialia fuit adjectum II 20 sq.
Pacta circa naturalia II 22 sq.
Pactum commissorium in emtione venditione II 116 sq.
Pactum de retrovendendo II 118 sq.
Pacta dotalitia I 870 sq.
Pacta acquisitiva I 870 sq.
Pactum conservativum I 872 sq.
Pactum dispositivum I. 873 sq.
Pactum renunciativum I 875 sq.
Pacta successoria. S. Successio conventionalis.
Paederastia II 427 sq.
Paraphernalgüter I 203 sq.
Parricidium II 439 sq.
Partus sequitur ventrem I 367 sq.
Pasquill II 364 sq.
Pasquillant II 365 sq.
Pathengeld I 553 sq.
Patrimonialgüter I 340 sq.
Pauperies II 391 sq.
Peculatus II 448 sq.
Peculium I 549 sq.
Perduellio II 400 sq.
Pertinenzstücke I 750 sq. woher solche zu ästimiren II 109 sq.

Peſt. S. Teſtamentum tempore peſtis conditum.
Pfauen I 361 ſq.
Pferde, deren Hauptmängel II 268 ſq.
Pflanzung. S. Plantation.
Pflichttheil I 699 ſq.
Pictura I 393 ſq.
Pignus. S. Unterpfand.
Plagium II 452 ſq.
Platzrecht. S. Superficies.
Plantation I 391 ſq.
Plebiſcita I 37 ſq.
Poena conventionalis II 55 ſq. Sie wird gemeiniglich der emtioni venditioni adjicirt II 117 ſq.
Police. S. Aſſecuration.
Pollicitation II 2 ſq.
Polygamia I 189 ſq.
Portenta I 136.
Poſitiones II 559 ſq.
Poſſeſſion I 912 ſq. und I 399 ſq. deren Eintheilung I 912 ſq. wie ſie erlangt werden könne I 915 ſq. wie ſie verlohren gehe I 920 ſq.
Poſſeſſorium I 921 ſq.
Poſſeſſor. S. Beſitzer.
Poſten I 425 ſq.
Poſtmeiſter. S. Actio de recepto.
Poſtliminii jus I 364 ſq.
Praelegatum I 746 ſq.
Praeſcriptio longi temporis. S. Uſucapion.
Praeſcriptio longiſſimi temporis I 500 ſq.
Praeſcriptio immemorialis I 508 ſq.
Praeſcriptio criminum II 459 ſq.
Präſumtion II 593 ſq.
Praevaricatio II 376 ſq.
Pretium affectionis II 609 ſq.
Principium rationis ſufficientis I 728.
Principale I 368 ſq.
Privilegia I 41 ſq.
Probatio. S. Beweiß.
Proceß II 462 ſq. wie er vom Judicio unterſchieden II 479 ſq. er ſupponirt cauſas litigioſas II 529 ſq.
Proceſſus criminalis II 663 ſq. deſſen Eintheilung ib. wie dabey zu verfahren II 668 ſq.
Proceſſus executivus II 636 ſq. wie dabey zu verfahren II 638 ſq.
Proceſſus ſecundae Inſtantiae II 640 ſq.
Proceſſus ſummarius II 631 ſq.
Proceſſus arreſti II 628 ſq.
Proceßkoſten II 622 ſq. und 658 ſq.
Proclamation I 186 ſq.
Procuratores II 482 ſq.
Prodigus. S. Verſchwender.
Proteſtation I 590 ſq.
Protocoll II 575 ſq.

Q.

Quarta falcidia. S. Lex falcidia.
Quarta Trebellianica. S. Trebellianica.
Quaſicontrakt II 223 ſq.
Quaſidelicta II 384 ſq.
Quittungen II 206 ſq.
Querela inofficioſi I 858 ſq.

R.

Rapina II 369 ſq.
Raptus II 425 ſq.
Rationes decidendi II 618.
Raub. S. Rapina.
Rechte, deren Eintheilung I 53 ſq.
Rechtsgelehrter, deſſen Eigenſchaften I 16 ſeq.
Rechtsgelehrſamkeit I 15 ſq.
Rechtsfälle, worauf bey deren Entſcheidung zu ſehen I 53 ſq.
Recommendationen II 188 ſq.
Reconvention II 541 ſq.
Relegation I 254 ſq.
Remedium ex lege diffamari II 486 ſq.
Remedium ex lege ſi contendat II 487 ſq.
Renunciation. S. Verzichte.
Repetundarum crimen II 446 ſq.
Res. S. Sachen.
Res merae facultatis I 507.
Res vitioſae I 491 ſq.
Reſcripta I 36 ſq.

Residuum II 448.
Resignatio judicialis II 113.
Respectus parentelae I 170
Responsa prudentum I 34.
Restitutio in integrum II 319 sq. deren Eintheilung II 321 sq. deren Ursachen II 327 sq. gegen wen diese Restitution begehrt werde II 333.
Restitutio in integrum ob capitis diminutionem II 338.
Restitutio in integrum ex capite absentiae II 338.
Restitutio in integrum contra rem judicatam II 646 sq.
Retention II 313 sq.
Retractus II 122 sq. dessen Eintheilung II 123 was das Jus retractus erfordere II 124 verschiedene Species des Retractus II 126 sq. bey Schenkungen findet das Jus retractus nicht statt II 136 sq.
Reukauf. S. Poena conventionalis.
Revisio II 654 sq.
Richter II 503 von den Qualitäten eines Richters II 523 sq.
Römisches Recht I 56 sq.
Rotulus II 589 sq.
Rückbürge II 87.
Rutscherzinse I 574.

S.

Sachen, was in juristischem Verstande eine Sache heiße I 337 deren Eintheilung ib. sq.
Sacrilegium II 448 sq.
Saccularіatus II 374 sq.
Säckung II 439 sq.
Salinen II 221.
Salvus conductus II 673 sq.
Sandgraben I 430.
Satio I 392.
Scharfrichter I 249 sq.
Schatz I 396 sq.
Schenkung. S. Donation.
Schiedsrichter. S. Arbitri.
Schiedwände I 433.
Schiffmann II 384 sq.
Schloßschließen I 185 sq.
Schmerzengeld II 610 sq.
Sclav I 144.
Scortation II 412 sq.
Schwägerschaft I 166 sq.
Scotatio I 407 sq.
Scriptura I 392 sq.
Seekapers I 363.
Seeräuber ib.
Selbstmord II 436 sq.
Senatusconsulta I 33 sq.
Senatusconsultum Macedonianum II 61 seq.
Senatusconsultum Vellejanum II 87 sq.
Separation zu Tisch und Bett I 217.
Sequester II 75 sq.
Servitus I 418 sq. dessen Eintheilung I 419 sq.
Servitutes rusticae I 422 sq.
Servitus itineris I 422 sq.
Servitus actus I 423 sq.
Servitus viae I 424 sq.
Servitus aquaeductus I 427 sq.
Servitus pecoris ad aquam appulsus I 428 seq.
Servitus pascendi ib.
Servitus calcis coquendae I 430.
Servitus arenae fodiendae I 431
Servitus oneris ferendi I 431 sq.
Servitus Tigni immittendi I 433 sq.
Servitus projiciendi I 434 sq.
Servitus protegendi ib.
Servitus altius tollendi I 434 sq.
Servitus non altius tollendi ib.
Servitus luminum I 436 sq.

Servitus prospiciendi I 437.
Servitus ne prospectui officiatur ib.
Servitus stillicidii I 438 sq.
Servitus fluminis I 439.
Servitus Cloacae I 439 sq.
Simonie II 451 sq.
Societas II 170 sq. deren Eintheilung II 172 sq. die Klage, welche ex societate entsteht, heißt actio de Socio II 178 sq. durch den Tod eines Socii wird Societas getrennt II 180 sq. was für Rechtswohlthaten Socii zu genießen haben II 181 sq.
Sodomie II 427 sq.
Solaria II 434.
Soldaten I 362 sq.
Sollicitatio alienarum nuptiarum II 371 seq.
Solutio II 292 sq.
Spado I 184 sq.
Species, debitor certae speciei interitu illius ab obligatione liberatur II 315 seq.
Specification I 376 sq.
Spolienklage. S. Interdictum unde vi.
Sponsalien. S. Verlöbnisse.
Sponsiones II 85 sq.
Status I 130 sq.
Status civilis I 136 sq. und 75.
Statuten I 60 sq.
Stellionatus II 378 sq.
Stipulation II 83 sq.
Stipulatio aquiliana II 301 sq.
Strafen II 455 sq.
Strandrecht I 243 und 366 sq.
Struprum II 412 sq.
Substitution I 669 sq. deren Eintheilung ib. und I 671 sq.
Successio ab intestato I 816 sq.
Successio conventionalis I 870 sq.
Suffragium II 219 sq.
Suggrundia II 434.
Superficies I 576 sq.
Supplication II 645 sq.
Syndikus II 489 sq.

T.

Tauben I 361 sq.
Tauschcontrakt II 213 sq.
Terminus probatorius. S. Beweißtermin.
Territion III 675 sq.
Testament I 602 sq. wer ein Testament machen könne ib. wer nicht I 604 sq. Eintheilung des Testaments I 609 sq. testamentum nuncupativum I 618 sq.
Testamentum militare I 623 sq.
Testamentum rusticum I 629 sq.
Testamentum parentum inter liberos I 630 sq.
Testamentum tempore pestis conditum I 634 sq.
Testamentum ad pias causas I 637 sq.
Titulus I 349 sq.
Tod I 194.
Todschlag. S. Homicidium.
Tortur II 675 sq.
Tradition II 401 sq.
Transaction II 463 sq. objectum transactionis sind res dubiae II 466 sq. über was für Verbrechen man transigiren könne II 472 sq.
Transmission der Erbschaft I 722 sq.
Transport II 174 sq.
Transsumtum II 575.
Trauerzeit I 192 sq.
Trebellianica I 795 sq.
Trieb, was darunter zu verstehen? I 423 sq.
Trift ib.
Trödelcontrakt. S. Contractus aestimatorius.
Tutel. S. Vormundschaft.

U.

Uebergabe. S. Tradition.
Ueberschwemmung I 375.
Vnio prolium I 231 sq. 870 sq.
Vniversitas II 489 sq.
Unkosten I 587 sq.
Unterpfand I 887 sq. dessen Eintheilung ib. von wem ein Pignus constituirt werden könne I 889 sq. verbothene Pfandverträge I 893 sq. Wirkung des Pfandes I 901 sq. Mittel, sein Pfandrecht zu behaupten I 902 sq.
Urthel II 619 deren Eintheilung ib. sie muß den Gesetzen gemäß seyn II 620 ihre Wirkung II 623.
Usucapion I 484 sq. wer kann etwas usucapiren I 489 sq.
Vsurpatio I 514 sq.
Vsus I 475 sq.
Vsusfructus I 460 sq. dessen Eintheilung I 462 sq.
Vsufructuarius und dessen Rechte I 465 dessen Pflichten I 473 sq.

V.

Vater I 272 sq.
Väterliche Gewalt I 148 sq.
Väterliche Theilung unter den Kindern I 844 sq.
Venia aetatis I 302 sq.
Verbindlichkeit. S. Obligatio.
Verbrechen II 341 sq.
Vergleich. S. Transaction.
Verlöbnisse I 152 sq.
Vermächtnis. S. Legate.
Verschwender I 307 sq.
Verschollene. S. Abwesende.
Vindication I 581 sq. gegen wen die rei vindicatio zustehe I 583 sq. der Gegenstand der Vindication I 585 sq.
Vindicatio Servitutum I 593 sq.
Viehdiebstahl. S. Abigeatus.
Vieh I 428.
Vidimirung II 571 sq.
Verzichte I 875 sq.
Vis privata II 444 sq.
Vis publica II 443 sq.
Vitium II 269.
Völkerrecht. S. Jus gentium.
Vogelfang I 358 sq.
Vogelfrey II 680.
Volljährigkeit. S. Majorennität.
Vormundschaft I 263 sq. tutela testamentaria I 265 deren Eintheilung I 269 sq. tutela legitima I 271 sq. tutela dativa I 276 sq. Pflichten eines Vormundes I 284 sq. Autorität der Vormünder I 297 sq.

W.

Wasser I 337 sq.
Wasserleitung. S. Servitus aquae ductus.
Wasserschöpfung. S. Aquae haustus.
Wechsel II 214 sq.
Wechselklage II 218 sq.
Weiber, deren Pflichten gegen ihre Männer I 200 sq.
Weibspersonen, deren Rechte I 130 sq.
Wetten. S. Sponsiones.
Wiederkauf. S. Pactum de retrovendendo.
Wilderer I 354 sq.
Wildfangsrecht I 243 sq.
Wirth II 245 sq. und II 384 sq.
Wittum. S. Dotalitium.
Wünschelruthe I 397 sq.

Z.

Zauberey. S. Magie.
Zaungerichte II 498 sq.
Zeuge II 579 sq. dessen Eigenschaften ibid. seq.
Zeugenverhör II 585 sq.
Zinß (Census) dessen Eintheilung I 574 seq.
Zinse (Vsurae) II 281 sq. deren Eintheilung ib. wie viel vom Hundert zu nehmen erlaubt seye II 282 sq. Vsurae ultra alterum tantum II 287 sq. annui reditus II 288 sq.
Zinßgüter I 574 sq.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Cramer, Johann Ulrich von, 1706-1772

Johann Ulrich Freyherrn von Cramers, des kayserl. und Reichskammergerichts Beysitzers, Academische Reden über die gemeine bürgerliche Rechtslehre Wodurch dieselbe in ihrem natürlichen Zusammenhange vorgetragen, und zugleich Georg Adam Struvs Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis dergestalt erläutert wird, daß ein zu Erlernung der Rechte Gewiedmeter von Bd.: Zweyter Band.

Ulm 1784

4 J.rom.c. 51-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10519502-7
VD18 80531466